Das Eingreifen des Gerichts in die Stellung der Ehegatten.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

Agnes Kühl

Referendarin am Landgericht in Altona.

Marburg

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser)

1927.

Angenommen von der Juristischen Fakultät der Universität Marburg
im April 1927.

Berichterstatter: Geheimrat Professor Dr. Franz Leonhard.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

v. Amira, Grundriß des germanisches Rechts, Straßburg 1913.
André, Verträge zwischen Eltern über die Erziehung der Kinder (Rektoratsrede), Marburg 1905.
Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Berlin 1926.
Binder, Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
Breslauer, Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe. Diss. Berlin 1914.
Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 1, Leipzig 1906.
—, Quellen und Geschichte des deutschen Rechts, in Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 1, Leipzig-Berlin 1904, S. 171 ff.
Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Familienrecht, 6. Aufl. Jena 1913.
—, 2. Bd., 2. Abtl. Familienrecht, 7. u. 8. Aufl., Jena 1924.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Bd., Tübingen.
Dedekind, Braunschweigische Präjudizien, Braunschweig 1872.
Dernburg, Pandekten, Berlin 1889.
—, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl., Halle 1908.
Eichhorn, Der Mißbrauch im Familienrecht des BGB. „Recht" 1905.
Endemann, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 2. Abt. Familienrecht, 8. u. 9. Aufl., Berlin 1908.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, bearbeitet von Enneccerus, Marburg 1923.
—, 2. Bd. 2. Abtl. Familienrecht, bearbeitet von Wolff und Kipp, Marburg 1923.
Entscheidungen des königlichen Obertribunals, Berlin 1867, Bd. 58.
Fehr, Die Rechtsstellung der Frau und der Kinder in den Weistümern, Jena 1912.
Gauß, Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens. Diss. Stuttgart 1910.
Gierke, Deutsches Privatrecht. 1. Bd. Leipzig 1895.
—, Grundzüge des deutschen Privatrechts in Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Bd., S. 431 ff., Leipzig-Berlin 1904.
Gimmerthal, Zur väterlichen Gewalt des BGB. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 104, S. 388 ff.
Glaser, Reform des deutschen Eltern- und Eherechts, „Recht und Wirtschaft" 1920.
Glück, Erläuterungen der Pandekten, Erlangen 1823.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1921,
Grimm, Jacob. Deutsche Rechtsaltertümmer, Bd. 1, Leipzig 1899.
Hagemann, Personenfürsorge und Unterhalt minderjähriger Kinder bei Trennung der Eltern während bestehender Ehe. Z. Bl. FG. Bd. XXII, S. 401 ff.
Hörle, Ueber die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353—1361 BGB. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 31, S. 113 ff.
Hübner, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1908.
Jacobi, das persönliche Eherecht des BGB, Berlin 1896.

Jastrow, Das Recht der Frau nach dem BGB, Berlin 1897.
Joerges, Die eheliche Lebensgemeinschaft in ihrem Begriff, in ihren Gestaltungen und in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen, Halle 1912.
Josef, Die Ausschließung der Schlüsselgewalt im Licht der Praxis. „Recht" 1908, S. 441 f.
—, Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts für die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen den Eltern und Kindern während bestehender Ehe, in Bl. f. R. A., Bd. 74, S. 121 ff.
Junghanns, Die Befugnis zum persönlichen Verkehr mit dem eigenen Kinde. Sächs. Arch. f. Rechtspflege, 7. Jahrg. S. 485.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, 2. Bd., Leipzig 1901.
Kleinfeller, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Berlin 1925.
Knitschky, Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem BGB. Berlin 1899.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1. Teil Familienrecht, Berlin 1915.
Kölsch, Das ehemännliche Entscheidungsrecht. Diss. Frankfurt a. M. 1912.
Kommentar der Reichsgerichtsräte, 3. Bd. Familienrecht. Berlin 1921.
Kröger, Die Rechtsstellung der Ehefrau nach der Reichsverfassung. DJZ 1912 S. 601 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen BGB, Leipzig 1903.
Lehmann, Familienrecht des BGB, Berlin-Leipzig 1926.
Leonhard, Franz, Das römische Recht in Birkmeyers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 76 ff., Berlin 1904.
—, Die Beweislast. 2. Aufl., Berlin 1926.
—, Bürgerliches Recht (ein Lehrbuch in kurzen Sätzen). Berlin 1923.
v. Lilienthal, Das Kündigungsrecht des Ehemannes aus § 1358 BGB (Heft 28 der von R. Leonhard herausgegebenen Studien zur Erläut. d. bürgerl. Rechts).
Maklezow, Timaschew, Alexejew und Savadsky, Das Recht Sowjet-Rußlands. Tübingen 1925.
Meyer-Reis-Haidlen, Das Familien nnd Vormundschaftsrecht, Stuttgart 1907.
Menzel, Das Verhältnis der Schlüsselgewalt zur häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten. Sächs. Arch. f. B. R. u. Prozeß, Bd. 13, S. 609 ff.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB, Bd. 4.
Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1 u. 3. Halle 1844.
Müller-Meikel, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Bd. München 1904.
Munk, Marie, Die elterliche Gewalt und ihre Reform. JW 1925, S. 309.
Natorp, P., Recht und Sittlichkeit, in Kantstudien, Bd. 18, Berlin 1913.
—, Praktische Philosophie. 1925.
Neustadt, Kritische Studien zum Familienrecht des BGB, Berlin 1907.
Oertmann, Gehaltsansprüche der Ehefrau? in DJZ 1911, S. 124 ff.
Opet, Das Familienrecht des BGB, Berlin 1906.
—, Das Namenrecht des BGB. Arch. f. ziv. Prax., Bd. 87, S. 313.
Pappenheim, Arch. f. Rechts- u. Wirtschaftsphilosophie, Bd. 13, S. 175 ff.
Pfeiffer, Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft, Bd. 5, Hannover 1838.
Planck-Unzner, Kommentar zum BGB, 4. Bd.: Familienrecht, Berlin 1906.
Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines BGB für das Deutsche Reich. Arch. f. ziv. Prax., S. 327.
—, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem BGB. (Vortrag). Göttingen 1899.
Roth, Kurhessisches Privatrecht, 1. Bd., Marburg 1858.
v. Roth, System des deutschen Privatrechts, 2. Teil. Tübingen 1881.
Sarantakis, Die eheliche Lebensgemeinschaft. Diss. München 1919.
v. Savigny, Das Recht des Besitzes, Gießen 1837.
v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht und seine Umbildung durch das Reichsgesetz vom 6. 2. 1875. Erlangen 1882.

Schott, Einleitung in das Eherecht. Nürnberg 1786.
Schreiben des sächs. Justizministeriums vom 14. Sept. 1908 bei Reger, Bd. 29, S. 252 ff.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte. 1. Teil, Leipzig 1919.
Schuppe, Das Recht und die Ehe. Zschr. f. immanente Phil., Bd. 1, Heft 3, Berlin 1895.
Scriba, Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis. Diss. Borna-Leipzig 1910.
Sohm, Institutionen. München und Leipzig 1920.
Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte. Halle 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 4. Bd.: Familienrecht 1. und 2. Teil, 9. Aufl., 1926.
—, Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil. 1. Bd. 9. Aufl. 1925.
Stenographische Berichte der 1., 2. und 3. Beratung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Berlin 1896.
Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaats-Recht, Bd. 1, 1924.
Strübe, Die Beschränkung der Schlüsselgewalt. Z. f. F. G. 1906, S. 168.
—, Das Kündigungsrecht des Ehemannes im Sinne des § 1358 BGB. Gruch. Beitr. Bd. 48, S. 295 ff.
Strupp, Schadensersatz wegen Ehebruchs, Eheverlassung und in ähnlichen Fällen. Diss. Gotha 1910.
Süßheim, Das Namensrecht von Frau und Kind im BGB. Gruch. Beitr. 43, S. 579 ff.
Thibaut, System des Pandektenrechts. Jena 1805.
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig, Bd. 1, 1910; II/1, 1914; II/2, 1918.
Wackernagel, Familienrecht und Familienleben der Germanen im Taschenbuch f. Geschichte und Altertum. Freiburg 1846.
Weber, Marianne, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Tübingen 1907.
Wetzel, Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Arch. f. B. R. Bd. 26, S. 55 ff.
Wieruszowski, Handbuch des Eherechts, Bd. 1. Düsseldorf 1900.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Stuttgart 1879.
Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB, Bd. 4. Berlin 1900.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Deutsche Juristenzeitung.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit.
Motive zum Entwurf eines BGB. 1888.
Protokolle der zweiten Kommission, 1897—1899.
Berichts der Reichstagskommission (Guttentag) 1896.

Einleitung.

§ 1. Ein Eingreifen des Gerichts in Sachen des privaten Rechts ist nur zulässig, wenn ein Ersuchen um gerichtliche Hilfe ergeht. Auch die Regelung ehelicher Streitigkeiten unternimmt das Gericht nicht von sich aus, sondern es bedarf der Einleitung eines Verfahrens durch die Ehegatten.

Den Gegenstand der vorliegenden Arbeit sollen nicht die Fälle der Ehe-Anfechtungs-, Nichtigkeits- und Scheidungsklage bilden, sondern es soll aufgezeigt werden, wo überall das materielle Recht die Grundlage bietet für eine Entscheidung des Gerichts in Streitigkeiten der Ehegatten während bestehender Ehe. Und zwar soll sich die Untersuchung erstrecken auf folgende Gebiete: Einmal auf diejenigen Zerwürfnisse, die aus den allgemeinen Wirkungen der Ehe entstehen können. Dabei sind Streitigkeiten, die sich auf Rechte und Pflichten rein persönlicher Natur beziehen, zu unterscheiden von denen, die gleichzeitig auch vermögensrechtlichen Charakter haben. Beide Arten werden von unserem Thema umfaßt. Unberücksichtigt bleiben jedoch Streitigkeiten hinsichtlich des ehelichen Güterrechts; ihre Folgen sind jeweilig verschieden, da die Regelung des Güterstands in das Belieben der Ehegatten gestellt ist. Ebenso gehören die Bestimmungen der §§ 1360 und 1361 über die Unterhaltspflicht nicht hierher, obwohl das Gesetz sie bei den allgemeinen Wirkungen der Ehe mit aufzählt. Die Unterhaltspflicht kann vielmehr nur im Zusammenhang mit dem Güterrecht verständlich behandelt werden, das den Zuschuß zum gemeinschaftlichen Unterhalt, den jeder Gatte zu leisten hat, regelt[1]).

Zur Untersuchung stehen hier ferner die Schwierigkeiten, die aus gemeinsamer Rechtsausübung der Ehegatten bei der Fürsorge der Kinder hervorgehen (besonders §§ 1631—1634 BGB).

Die Austragung der Meinungsverschiedenheiten ist nun nicht nur mit Hilfe der streitigen Gerichtsbarkeit möglich, sondern auch der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist gerade in familienrechtlichen Beziehungen eine erhebliche Hilfstätigkeit eingeräumt worden. Es handelt sich um

---

1) Vgl. Fr. Leonhard, Lehrbuch S. 155.

die Aufgaben des Vormundschaftsgerichts, das hier, wie wir sehen werden, auch streitentscheidend tätig wird. Folglich muß das vormundschaftsgerichtliche Eingreifen einen Teil unserer Arbeit bilden, der jedoch nicht für sich, sondern im Zusammenhang behandelt werden wird.

Für persönliche Ehestreitigkeiten sind in der Zivilprozeßordnung besondere Klagen bereitgestellt unter dem Titel „Verfahren in Ehesachen" (§§ 606—639 ZPO).

Die eigenartige Ausgestaltung der Eheprozesse ist vor allem zurückzuführen auf das staatliche Interesse an dem Schicksal der Ehen; denn sie sind Ursprung der Familie, und auf diese baut sich das ganze öffentliche Leben auf.

Im Hinblick auf die vorliegende Arbeit interessiert uns unter den aufgezählten Verfahrensarten die „Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens".

Ein kurzer Ueberblick über die Entstehungsgeschichte dieser eigenartigen Klage soll an den Anfang unserer Ausführungen gestellt werden; zweckmäßig wird dabei zugleich die Geschichte der ehelichen Lebensgemeinschaft (§§ 1353 Abs. 1 BGB) betrachtet, da sie die Grundlage der Klage bildet. Von der ehelichen Lebensgemeinschaft her sind die Organisationsnormen der §§ 1354—1358 erst erklärbar, darum ist ihre eingehende Betrachtung erforderlich.

Der geschichtliche Ueberblick wird, da das BGB und die ZPO auf der früheren Entwicklung aufgebaut sind, Zeugnis ablegen über den Fortschritt, den die Stellung der Frau in der Ehe erfahren hat.

§ 2. Geschichtlicher Ueberblick.

1. Römisches Recht.

Im römischen Recht [1]) gibt es eine eigentliche eheliche Gemeinschaft mit daraus entspringenden Rechten und Pflichten für beide Gatten noch nicht.

Die manus-Ehe begründet eine einseitige Machtsphäre des Mannes, er kann die Frau zur Erfüllung ihrer Ehe- und Hausfrauenpflichten zwingen und besitzt sogar eine Strafbefugnis bei Verfehlungen ihrerseits. Tatsächlich nahm die Frau allerdings eine achtbare Stellung im Hause ein als Hüterin des Herdes und Leiterin des Hauswesens. Die Sitte hat die Strafgewalt des Mannes gemildert dadurch, daß es üblich wurde ein Gericht abzuhalten unter Zuziehung eines Konsiliums, das auch aus Kognaten der Frau bestand; aber von einem kontradiktorischen Verfahren, bei dem auch sie oder für sie ihre Blutsverwandten Rechte durchzusetzen gehabt hätten, kann keine Rede sein.

---

1) Vgl. dazu Fr. Leonhard, Das römische Recht S. 163; Karlowa, Röm. Rechtsgesch. S. 153; Sohm, Inst. S. 617 ff.

Das änderte sich auch nicht, als die „freie Ehe“[1]), die neben der manus-Ehe immer schon bestanden hatte[2]), in der Kaiserzeit die allein übliche Eheform geworden war. Hier hat der Mann nicht jene absolute Herrscherstellung; die Ehegatten haben vielmehr gegenseitige Rechte, aber nicht ein eigentliches Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft, das durch Klage durchzusetzen gewesen wäre. Falls sie eine Einigung nicht erzielen konnten, blieb ihnen lediglich die Möglichkeit, die Scheidungsklage zu erheben.

Ein näheres Eingehen auf die verschiedenen Eheformen und die über sie bestehenden Meinungen in der Wissenschaft gehört nicht hierher. Da diese kurze Darlegung bereits beweist, daß und weshalb das römische Recht als Quelle für die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht in Frage kommt.

2. Deutsches Recht bis zur Rezeption.

Im germanischen, ferner im deutschen Recht bis zur Rezeption sind die persönlichen Beziehungen der Ehegatten ähnlich gestaltet wie im älteren römischen Recht[3]).

Die Frau gelangt durch die Eheschließung in die Munt des Mannes. Darin liegt zweierlei, sie ist ihm zur Dienstleistung und zum Gehorsam verpflichtet, wogegen er ihr Schutz und Fürsorge gewähren muß[4]).

Diese allgemeine Munt, der alle Hausgenossen unterstehen, erfährt im Laufe der Zeit eine Veränderung insofern, als sie zwar als Hausgewalt und Fürsorgepflicht bestehen bleibt, aber daneben besonders ausgestaltet wird, je nachdem ein Gesinde-, Kindschafts-, Eheverhältnis usw. vorliegt.

Bei der Ehe wirkt sie aber nicht derart, daß Mann und Frau in ihrem persönlichen Verhältnis nunmehr gleichberechtigte „Genossen“ wären, wie Gierke[5]) sagt; sondern die Frau hat lediglich selbständige Rechte als Hausfrau und Mutter[6]). Als Hausfrau (Wirtin) hat sie „soweit die eheherrliche Gewalt Spielraum gewährt, im ganzen Hause zu befehlen[7])“. Während einer Verhinderung des Mannes, z. B. durch Abwesenheit oder Krankheit, konnte sie sogar die Leitung des gesamten Hauswesens übernehmen und auch für die Bedürfnisse des Haushalts

---

1) Sie wurde ohne die strenge Form geschlossen, lediglich nach dem Grundsatz: „consensus facit nuptias“.

2) Als Ehe nach ius gentium.

3) Vgl. Grimm a. a. O. S. 618; Brunner Dtsch. Rechtsgesch. I S. 93.

4) Vgl. Gierke in Kohlers Enzykl. § 35; Fehr, a. a. O. S. 52.

5) Gierke a. a. O. § 100. Selbst wenn es im sächs. Landrecht B III, Art. 45 § 3 heißt: „Dat wif is ok des mannes genotinne tohand alse sie in sin bedde trit“, so ist damit nur ausgesprochen, daß die Frau erst vom vollzogenen Beischlaf an die Stellung der Ehegattin hat, nicht aber, wie diese Stellung gestaltet ist.

6) Vgl. Fehr a. a. O. S. 57.

7) Vgl. v. Amira, Grundriß S. 178.

Geschäfte schließen [1]). „Sie teilt mit dem Mann Tisch, Bank und Bett, sie führt die Schlüssel der inneren Hauswirtschaft [2])“. Diese Macht über die Schlüssel wurde nur der Ehefrau, nicht etwa auch der freien Dienerin, verliehen [3]). Ihre Stellung im Hause wurde somit auch äußerlich gekennzeichnet. Der Frau, die die Schlüssel trug, wurde bald außer dieser tatsächlichen Gewalt noch das Recht zuerkannt, für die Bedürfnisse des Hauses im begrenzten und oftmals genau bestimmten Umfange Geschäfte abzuschließen [4]). Ein derartiges Recht bedeutet erst die eigentliche Auswirkung ihrer äußerlichen Gewalt über die Schlüssel. Daher verstand man unter „Schlüsselgewalt“ nach und nach nur das Recht der Frau zur Geschäftsbesorgung und Vertretung. (Vgl. § 1357 BGB).

Die Frau trägt auch den Namen des Mannes und teilt seinen Stand und ist somit in den meisten Beziehungen vor den sog. Kebsweibern ausgezeichnet; aber ein selbständiges Recht auf Lebensgemeinschaft wie er es gegen sie hat, steht ihr darum doch nicht zu.

Nur gegen willkürliche Verstoßung konnte sie Hilfe anrufen [5]); aber diese bestand allein darin, daß der Mann nunmehr der Fehde ihrer Sippe ausgesetzt war [6]). Im allgemeinen blieb noch das ganze Mittelalter hindurch der Mann befugt, die Frau zu züchtigen [7]) und bei ganz schweren Verfehlungen — als solche galten z. B. Ehebruch ihrerseits und Lebensnachstellung dem Mann gegenüber — sie zu verkaufen [8]), zu verstoßen und sogar zu töten [9]).

Man braucht übrigens nur auf den Zweck der Ehe im älteren Recht zurückzugehen, der sich aus dem Recht der Weistümer mit Deutlichkeit ergibt [10]), um zu wissen, daß durch die Eheschließung nicht eine dauernde Lebensgemeinschaft begründet werden sollte. Vielmehr war der Hauptzweck der Ehe die Kindererzeugung. Um diesen zu erreichen, wurde der Frau sogar Ehebruch gestattet und geradezu geboten, falls

---

1) Vgl. Fehr a. a. O. S. 12 ff.
2) Vgl. Grimm a. a. O. S. 617.
3) v. Amira a. a. O. S. 178.
4) Fehr a. a. O. S. 13.
5) Vgl. v. Amira a. a. O. S. 178.
6) Vgl. Brunner, Dtsch. Rechtsgesch. S. 101.
7) Ueber das Züchtigungsrecht vgl. Grimm a. a. O. S. 621; bes. auch Fehr a. a. O. S. 58 ff. Im niederfränkischen Recht findet sich, wie Brunner a. a. O. S. 101 aussagt, sogar die „Formulierung, daß der Mann die Ehefrau beliebig züchtigen könne, weil sie dessen Fahrhabe sei“.
8) Wackernagel, a. a. O. S. 274 berichtet einen Fall des Frauenverkaufs, der noch im Jahre 1844 (!) in England vorgekommen ist, wonach ein Mann seine Frau auf öffentlichem Marktplatz feilbot und losschlug. Grimm sagt a. a. O. S. 622: „In England gilt der Gebrauch, die Frau auf den Markt zu bringen und zu verkaufen unter dem gemeinen Volk noch heutzutage“. (Ausgabe 1899!).
9) v. Amira a. a. O. S. 178; Brunner, Dtsch. Rechtsgesch. S. 99 f; Hübner a. a. O. S. 596 f; Schröder a. a. O. S. 71.
10) Vgl. dafür Fehr, a. a. O. S. 1 ff. und die dort angegebenen Quellen. Vgl. auch Grimm, a. a. O. S. 613.

der Mann seiner ehelichen Pflicht nicht nachkommen konnte[1]). Bei Unfruchtbarkeit der Frau hatte der Mann das Recht, sich von ihr zu trennen[2]).

Es ist also im älteren deutschen Recht bei der Herrscherstellung des Mannes und der grundsätzlich untergeordneten Bedeutung einer wahren Lebensgemeinschaft, wenn überhaupt, so doch nur ein ganz geringer Keim für eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorhanden.

3. Kanonisches und gemeines Recht.

Die einseitige Rechtsstellung des Ehemannes wurde besonders erschüttert durch die wachsende Macht des Christentums, das gegenseitige Liebe und Treue als Grundlage der Ehe forderte und somit die Gleichstellung beider Ehegatten in ihren persönlichen Beziehungen vorbereitete. Daß die Unterordnung der Frau trotzdem noch bestehen blieb und teilweise, wie wir oben gesehen haben, bis in die jüngste Zeit in ziemlich derber Weise praktisch wurde[3]), hängt mit der paulinischen Eheauffassung der Kirche zusammen[4]), die die alteingewurzelte Anschauung also insofern nicht erschüttern konnte. Trotzdem wurde im kanonischen Eherecht ein beiderseitig klagbarer Anspruch der Ehegatten auf eheliches Zusammenleben anerkannt, der sich nach der Rezeption im gemeinen Recht fortentwickelte. Er beruht auf folgendem Grund: nach kanonischem Recht ist die Ehe eine unmittelbare, zu dem göttlichen Schöpfungswerke gehörende Stiftung Gottes[5]), und zugleich wird sie nach der Lehre des Paulus[6]) aufgefaßt als „Abbild der heiligen und unauflöslichen Verbindung, welche zwischen Christus und der Gemeinde der Gläubigen besteht[7])". Keiner von beiden Ehegatten kann folglich eigenmächtig das Band lockern oder zerreißen. Der Mann kann nicht mehr nach eigenem Belieben die Frau bei Vernachlässigung der ihr zustehenden Pflichten zwingen[8]) und andererseits kann die Frau nunmehr auch gegen den Mann gerichtlichen Schutz anrufen. Er ist ihr jetzt ebenso zur ehelichen Treue verpflichtet wie sie ihm[9]). Beide werden wegen Ehebruchs bestraft[10]).

---

1) Vgl. das Beispiel bei Fehr a. a. O. S. 2 f; ferner Grimm a. a. O. S. 613.
2) Vgl. Grimm a. a. O. S. 613; Brunner a. a. O. S. 101.
3) Vgl. Anm. 8 S. 12.
4) Grundlage ist der Brief des Paulus an die Epheser: 5, 22: „Die Weiber seien untertan ihren Männern als den Herren".
5) v. Scheurl, a. a. O. S. 5 mit den Stellen aus dem Alten Testament.
6) Epistel an die Epheser 5, 23—32.
7) v. Scheurl, a. a. O. S. 15.
8) cap. 8 u. cap. 13 X de rest. spol. Lib. II. Tit. XIII.; cap. 5 u. cap. 6 X de divort. Lib. IV. Tit. XIX.
9) cap. 17 X de conv. conj. Lib. III. Tit. XXXII; cap. 4, 6, 11 X de eo qui cognovit consangu. Lib. IV. Tit. XIII Grat. Decret. can. 5. caus. XXXIII Quaest. 5.
10) Grat. Decret. can. 23, caus. XXXII, Quaest 5. „In utroque sexu adulterium pari ratione punitur".

So wurde allmählich eine eheliche Lebensgemeinschaft ausgebildet, die mit allen unter diese Gemeinschaft fallenden Rechten und Pflichten [1]) grundsätzlich endgültig sein sollte. Um Eingriffen in den Bestand der Ehe zu begegnen, wurde beiden Ehegatten eine Klage gegeben, die sich als Spolienklage darstellte [2]). Das besitzunterworfene Objekt ist dabei das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft; die Ausübung dieses Rechts genießt Schutz gegen Spoliation [3]). Als solche gilt z. B. eigenmächtige Trennung [4]) und Nichtleistung der ehelichen Pflicht im engeren Sinne [5]). Es handelte sich bei dieser Klage um ein richtiges kontradiktorisches Verfahren, in dem Einreden des Gegners zugelassen waren, z. B. die Einrede der Mißhandlung [6]), ferner des Ehebruchs des anderen Teiles [7]). Später hat man durch die Praxis noch weitere Einreden eingeführt, z. B. solche „der Gefährdung der Gesundheit, unsittlicher Zumutungen, des Zusammenlebens mit einer Konkubine, der zum gemeinschaftlichen Leben ungeeigneten Wohnung [8])". Die Zulassung dieser mannigfachen Einreden ist ein Beweis mehr dafür, daß das Verfahren die Aufrechterhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft als solcher bezweckte. Darum auch wurden dem Teil, der den anderen wiederholt mißhandelt hatte, in einigen Fällen Sicherheitsleistungen zum Zweck der Unterlassung von Mißhandlungen auferlegt [9]).

---

1) Vgl. die Klassenteilung der Rechte bei Mühlenbruch, a. a. O. S. 26. Dort ist an rein personenrechtlichen Wirkungen des ehelichen Lebens aufgezählt: Gegenseitiger Beistand, Gestattung und Verpflichtung der Beiwohnung, Bewahrung der ehelichen Treue, Aufrechterhaltung der Würde und Ehre des ehelichen Verhältnisses, ferner Zusammenwohnen, wobei die Frau dem Domizil des Mannes folgen muß.

2) Vgl. die 4 Stellen in den Decret. des Greg. cap. 8, 10, 13, 14, Lib. II, die wie andere Spoliationsfälle in dem Tit. XIII de restitutione spoliatorum mit angeführt sind. Vgl. ferner Seuff. Arch. Bd. 44 Nr. 28.

Die Spolienklage ist eine Neuerung des kanonischen Rechts. Sie ist als Fortbildung der römischen Besitzinterdikte aufzufassen, nämlich als Besitzerschutz für diejenigen Rechtsinstitute, die dem römischen Recht unbekannt waren (vgl. v. Savigny, Das Recht des Besitzes, S. 631; ebenso S. 615). Savigny bestreitet zwar (S. 616), daß der Besitz bei Zugrundelegung des römischen Besitzbegriffes sich auch auf „Rechte des persönlichen Zustands" bezieht. Er behauptet, „der Schutz sei hier nichts anderes als eine provisorische Verfügung über den Besitzstand (S. 617)". Gegenüber der Tatsache jedoch, daß ein Besitz bei der Ehe in der Praxis, wie oben gezeigt und wofür Bruns (Das Recht des Besitzes S. 171) noch weitere Beweise bringt, anerkannt war, ist Savignys theoretische Konstruktion doch wohl nicht haltbar. Bruns (S. 191) erkennt infolgedessen auch „als Gegenstand des Besitzes das gegenseitige Recht der Ehegatten" an.

Da hier nur der Ursprung einer gegenseitigen Klage der Ehegatten überhaupt aufgezeigt werden soll, erübrigt es sich, zu der Streitfrage näher Stellung zu nehmen.

3) Vgl. z. B. Roth Kurh. Privatrecht S. 344.

4) Vgl. c. 13 X de rest. spol. Lib. II Tit. XIII.

5) Vgl. Decret. Grat. can. 5, caus. 33, qu. 5.

6) Vgl. c. 8. 13 X de rest. spol. Lib. II. Tit. XIII.

7) Vgl. c. 4 X de divort. Lib. IV. Tit. XIX.

8) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 44 S. 47.

9) z. B. Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 54.

Gegen unsere Auffassung scheint zu sprechen, daß das erlangte Urteil „auf eheliche Folge“ [1]) zwangsweise vollstreckt werden konnte [2]) und zwar sogar unter Anwendung körperlichen Zwanges. Aber in der Regel ist es ja dann schon um eine eheliche Lebensgemeinschaft schlecht bestellt, wenn die Ehegatten überhaupt gerichtlichen Schutz anrufen. Wenn man nun schon eine Klage auf Herstellung der Gemeinschaft eingeführt hatte, war es nur konsequent, nun auch die Durchsetzung der erfolgten Entscheidung zuzulassen. Dort, wo die Eheangelegenheiten der katholischen Gerichtsbarkeit unterstanden, war das um so verständlicher, da wegen der Sakramentsnatur der Ehe, mit der eine Trennung der Gatten im Widerspruch stand, die völlige Gemeinschaft stets wiederhergestellt werden mußte [3]). Im übrigen war in der damaligen Zeit das Zartgefühl in Dingen der Ehe kaum so ausgeprägt, als daß man an Zwangsmaßregeln allzu großen Anstand nahm; denn demgegenüber, daß vorher noch der Mann allein fast absolut über die Frau bestimmen konnte, als ob sie eine Sache wäre, war es als ein großer Schritt nach vorwärts anzusehen, daß es nun überhaupt ein von beiden Seiten einzuleitendes Verfahren gab.

Mit den Anschauungen des 19. Jahrhunderts über das Recht der Einzelpersönlichkeit vertrug sich ein Zwang zum ehelichen Zusammenleben nicht mehr. Er wurde immer seltener angewendet. Der sittliche Zweck der Ehe wurde mehr und mehr betont. In einigen Urteilen wird ausgesprochen, daß zwar noch Strafen festgesetzt werden können, aber nur „mäßige“, d. h. nicht solche, die einer Nötigung gleichkommen, wie z. B. die zwangsweise Hinführung [4]). „Dadurch sei zwar zunächst eine faktische Wiedervereinigung zu erreichen, aber diese sei kaum dauernd, da sie nicht eine Willensänderung des renitenten Gatten bewirke und ferner mit dem sittlichen Charakter der Ehe unvereinbar sei“.

Die preußische Praxis lehnte schließlich die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens überhaupt ab; denn, so heißt es z. B. in einer

1) Vgl. Gauß. a. a. O. S. 3. — Es handelt sich in den bei Seuffert genannten Entscheidungen fast immer um Klagen des Ehemanns gegen die Frau, ihm in seine Wohnung zu folgen, z. B. Arch. Bd. 1 Nr. 237; Bd. 4 Nr. 126; Bd. 8 Nr. 143; Bd. 13 Nr. 38; Bd. 21 Nr. 129; Bd. 26 Nr. 39. „Auf eheliche Folge heißt ferner auch der Anspruch auf Rückkehr wegen böslicher Verlassung“. Vgl. Seuff. Arch. Bd. 16 Nr. 54; ferner der Anspruch auf Beziehung der vom Mann gewählten Wohnung. Vgl. Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 43; Bd. 26 Nr. 134.

2) Vgl. die Entsch. in Seuff. Arch. Bd. 40 S. 88, wo es heißt, daß „die Zulässigkeit der Zwangshaft gegen renitente Ehegatten auf Gewohnheitsrecht beruhe“.

3) Die Kirche hatte zwar den Forderungen des täglichen Lebens Rechnung getragen durch Einführung der separatio temporaria, die entweder sein konnte quoad torum et mensam oder nur quoad torum; aber diese Trennung war als Zuchtmittel gedacht; sie sollte auf die Ehegatten einwirken, um ein baldiges Zusammenleben wieder zu ermöglichen. Die Geistlichen suchten die Ehegatten während der Zeit durchaus in dem Sinne zu beeinflussen, sodaß man von einer Art moralischen Zwanges sprechen kann.

4) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 9 Nr. 42, Urteil des Oberappellationsgerichts zu Darmstadt vom 9. Oktober 1852. Siehe auch Seuff. Arch. Bd. 20 Nr. 230, Urteil des Oberappelationsgerichts zu Flensburg vom 20. Februar 1867.

Entscheidung des Obertribunals[1]), „ein Antrag, welcher dahin gerichtet sei, die Verklagte für schuldig zu erkennen, in die Wohnung des Klägers zurückzukehren, mit ihm in ehelicher Gemeinschaft zu leben, ihm die nach den Umständen möglichen und nötigen Dienste zu leisten und insbesondere den Hausstand zu führen, müsse abgewiesen werden als zur Verfolgung im Wege der Klage ungeeignet". Ferner[2]): „Ein Richter könne weder berechtigt noch verpflichtet sein, ein Urteil zu fällen, dessen Vollstreckung nicht zu ermöglichen sei".

Mit der Hervorhebung der letztgenannten preußischen Entscheidung ist bereits ausgesprochen, daß die Ehegerichtsbarkeit in den verschiedenen Teilen Deutschlands ungleichartig gestaltet war. Das hängt nicht nur damit zusammen, daß das gemeine Recht stets subsidiäre Geltung hatte, also die einzelnen Partikularrechte bestehen ließ, sondern auch mit dem Gegensatz von Katholizismus und Protestantismus. In den evangelischen Stammlanden Preußens war die geistliche Gerichtsbarkeit schon durch den Augsburger Religionsfrieden von 1555 aufgehoben. Württemberg und Sachsen, sowie Teile Bayerns besaßen weltliche und geistliche Gerichte. Erst der § 76 des Personenstandsgesetzes von 1875 begründete für Ehesachen die ausschließliche Zuständigkeit bürgerlicher Gerichte. Mit dieser Neuordnung wurden aber noch nicht gleiche Normen für ganz Deutschland eingeführt. Das geschah auch nicht durch die Zivilprozeßordnung von 1877; denn sie regelt ja nicht materielles Recht. In ihr ist nur vorgeschrieben (§§ 568 ff.), daß die Herstellungsklage in den Rechtsgebieten, wo sie bereits bestand, als Ehesache behandelt werden sollte[3]). Nicht aber wurde sie durch dieses Gesetz neu eingeführt. Durch den § 774 Abs. 2 RZPO ist sogar die zwangsweise Durchführung des Urteils dort noch gestattet, wo die betreffenden Landesgesetze den Zwang für zuläßig erklären. Die Mittel sind jedoch in Abs. 1 des § 774 bestimmt.

4. Geltendes Recht.

Eine einheitliche Regelung des materiellen Eherechts in Deutschland brachte erst das Bürgerliche Gesetzbuch. Mit ihm zugleich trat die Novelle zur ZPO von 1898 in Kraft, wonach eine Vollstreckung aus einer Verurteilung auf Herstellung des ehelichen Lebens nicht mehr möglich ist (§ 888, Abs. 2 ZPO).

Das Für und Wider, das die Klage in der Wissenschaft und Praxis gefunden hatte, fand auch seinen Ausdruck, als man die allgemeine Regelung des bürgerlichen Rechts vorbereitete. Der Entwurf I setzte in § 1276 das Vorhandensein der Klage voraus, und in den Motiven zum Entwurf I[4]) wurde ausgesprochen, daß eine Abweichung

1) Entscheidungen des königl. Obertribunals Bd. 58 S. 419.
2) Entscheidungen des königl. Obertribunals Bd. 58 S. 418.
3) Entwurf-Begründung S. 358.
4) Mot. IV, S. 108 ff.

von dem in den großen Gebieten des gemeinen Rechts und des sächsischen BGB geltenden Rechte nicht begründet wäre. Die Zwangsvollstreckung wurde zwar abgelehnt aus denselben Gründen, die früher[1]) gegen sie sprachen.

Gegen die Ansicht, daß demzufolge die Aufnahme einer solchen Klage zwecklos sei, wurde angeführt, durch die objektive Beleuchtung der Streitigkeiten in einem gerichtlichen Verfahren sei vielleicht doch eine Aufrechterhaltung der Ehe zu erzielen. Ferner habe eine Verurteilung erziehliche Bedeutung und außerdem bilde sie eine Grundlage für ein späteres Scheidungsverfahren[2]). Diese Gründe haben sich sowohl gegen Angriffe in der Kommission für die zweite Lesung[3]) als auch gegen solche in der Reichstagskommission[4]) durchgesetzt. Hier wurde besonders von Vertretern der Frauenbewegung die Forderung gestellt, eine Bestimmung zu streichen, die das natürliche Recht der Ehegatten auf eheliche Gemeinschaft, das lediglich auf Zuneigung und Liebe beruhe, zur Rechtspflicht erheben wolle. Aber mit der Begründung, das rechtliche Resultat dieser allerdings vorwiegend sittlichen Gemeinschaft müsse aus praktischen Erwägungen[5]) gezogen werden, wurde die Forderung abgelehnt.

1.

Das gerichtliche Eingreifen auf Grund der allgemeinen Wirkungen der Ehe nach dem BGB.

I. Rein persönliche Wirkungen der Ehe.

A) Begriff und Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft, sowie die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens im allgemeinen.

Das BGB enthält weder eine Begriffsbestimmung der Ehe noch eine Aufzählung ihrer „Hauptzwecke“, wie es in älteren Gesetzen zuweilen der Fall ist[6]). Mit dem Satz, der den Anfang der Bestimmungen

1) Vgl. oben S. 15 und 16.

2) Vgl. Gauß a. a. O. S. 5 und 6; Mot. IV S. 108.

3) Vgl. Prot. IV S. 99.

4) Kommissionsbericht, S. 2050.

5) Dabei dachte man an die durch die Klage gegebene Grundlage für das Scheidungsverfahren. Vgl. oben zu Anm. 2.

6) So heißt es z. B. im preuß. Allgemeinen Landrecht (2. Teil 1. Titel § 1): „Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder“. Das österr. BGB bestimmt in § 44: „In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitig Beistand zu leisten“.

über die „Wirkungen der Ehe im allgemeinen" bildet: „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet" (§ 1353 Abs. 1), ist eine große Richtlinie vorgezeichnet für die Herausstellung der einzelnen Rechte und Pflichten.

In der Literatur pflegt man die allgemeinen Wirkungen der Ehe einzuteilen in persönliche und solche vermögensrechtliche, die nicht bedingt sind durch einen bestimmten Güterstand [1]). Zu den ersteren rechnet man die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Auch wir legen unserer Arbeit diese Einteilung zugrunde, indem wir die „rein persönlichen" Wirkungen der Ehe unterscheiden von den „persönlichen und zugleich vermögensrechtlichen" [2]).

Praktisch wichtig ist eine Abgrenzung weil die Verletzung der vermögensrechtlichen Pflichten weitere Folgen nach sich zieht.

Die weite Fassung des Gesetzes im § 1353 Abs. 1 wird in den Motiven [3]) zum Entwurf I folgendermaßen begründet: „Es sei ein leitender Grundsatz überhaupt aufgestellt worden, weil dadurch zum rechtlichen Ausdruck gebracht werde, daß, wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, so im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bilde, von welcher bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen sei. . . . Aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben sich von selbst die in älteren Gesetzen einzeln aufgeführten Pflichten; andererseits sei eine Aufzählung nicht zweckmäßig, weil dadurch der sittliche Inhalt der Ehe doch nicht erschöpfend bezeichnet werde".

Demzufolge kann es auch hier nicht unsere Aufgabe sein, eine Aufzählung der Pflichten zu unternehmen, die nur als „mögliche" in Betracht kommen. Andererseits würde es aber nicht genügen, wie Sarantakis [4]) zu sagen, zu ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sein heißt, „die Ehegatten dürfen alles tun, was mit der Natur der Ehe sich verträgt"; denn da wir die Ehe bezeichnen [5]) als die gesetzlich geordnete dauernde Verbindung zwischen Mann und Weib „zur Lebensgemeinschaft" würden wir uns mit der bloßen Wiedergabe des obigen Satzes im Kreise drehen, ohne der Klärung auch nur einen Schritt näher zu kommen. In den Motiven [6]) heißt es ganz richtig, daß sich bestimmte Pflichten aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft von selbst ergeben. Welche Pflichten sind das?

Die Verpflichtung zum Leben als Ehegatten hat die beiden Merkmale „ehelich" und „gemeinschaftlich". Das Merkmal „ehelich" enthält

---

1) A. M. Joerges, a. a. O., S. 20 ff., der die Bestimmungen des 5. Titels einteilt in personenrechtliche und persönliche vermögensrechtliche.
2) Vgl. Fr. Leonhard, Lehrbuch S. 153.
3) S. 104/5.
4) a. a. O. S. 12.
5) So, fast wörtlich, in allen Lehrbüchern und Kommentaren.
6) S. 104/5.

aber das ausschlaggebende Moment; denn eine Gemeinschaft haben wir schon vor uns, wenn mehrere Personen sich zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes vereinigen [1]). Es könnte sich dabei ja auch durchaus um eine „Lebens"gemeinschaft handeln; aber das Beiwort „ehelich" charakterisiert eine Lebensgemeinschaft erst in ganz bestimmter Weise. Sie wird rechtlich nur gefordert von „Ehegatten", d. h. zwei Personen verschiedenen Geschlechts, die gemäß der Form des § 1317 BGB die Ehe miteinander geschlossen haben. Weil sie eine eheliche Lebensgemeinschaft ist, wurzeln die Rechte und Pflichten alle in dem sittlichen Gebot gegenseitiger Liebe und Achtung. Wiederum weil sie eine eheliche Lebensgemeinschaft ist, sind die Rechte und Pflichten ganz bestimmter Art. Zu ihnen gehören nach heutiger allgemeiner Anschauung z. B. die Verpflichtung zum häuslichen Zusammenleben, zur Geschlechtsgemeinschaft, zur Bewahrung der ehelichen Treue, zu unterstützendem Verhalten bei allen vorkommenden Ereignissen, zum Unterlassen einer das eheliche Leben schädigenden Handlungsweise.

Damit sind einige Punkte der Richtlinie gegeben. Im übrigen muß, falls die Ehegatten über den Inhalt der Lebensgemeinschaft uneinig sind, in jedem konkreten Fall festgestellt werden, ob eine Pflicht zur Lebensgemeinschaft verletzt worden ist oder nicht. Es handelt sich bei der Bestimmung des § 1353 Abs. 1 eben um „auszuwählendes Recht" [2]), d. h. die rechtlichen Voraussetzungen oder die Folgen eines Rechtsverhältnisses sind nicht in fest bestimmten Tatbeständen angegeben. In § 1353 Abs. 1 mangelt es an einer genauen, bis ins einzelne gehenden Bestimmung der Folgen. Bei der Beurteilung eines Falles müssen also mancherlei Umstände berücksichtigt werden, so z. B. die wirtschaftliche Lage der Ehegatten, ihre Berufspflichten, der Gesundheitszustand usw., ferner die allgemeinen Anschauungen über eheliche Lebensgemeinschaft, die sich im Laufe der Zeit ändern, wofür unser geschichtlicher Ueberblick als Beispiel dienen mag.

Es fragt sich nun, ob jede Verletzung der aus dem rein persönlichen Verhältnissen der Ehegatten entspringenden Pflichten den Grund für die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens abgeben kann. In der Wissenschaft ist dieses die am meisten vertretene Ansicht [3]). Die meisten Schriftsteller stützen sie darauf, daß sie behaupten, durch die Vorschrift des § 1353 Abs. 1 seien alle aus der Gemeinschaft sich ergebenden Pflichten, obwohl sie in erster Linie sittlicher Natur seien, zu Rechtspflichten erhoben.

---

1) So bei der Gesellschaft des BGB (§§ 705 ff.) (Feste Gemeinschaft).
2) Vgl. Joerges a. a. O. S. 9. Gegensatz ist „geformtes Recht".
3) So Planck, a. a. O. IV S. 93 ff. RGR-Komm. III Bem. 2 zu 1353; H. Lehmann a. a. O. S. 68; Fr. Leonhard Lehrb. S. 153; Mayer-Reis-Haidlen a. a. O. S. 43 Anm. 5; Wierus zowski, I S. 8; Gaup-Stein a. a. O. 1902 II S. 198.

Es gibt nun natürlich rechtliche Verpflichtungen im positiven Recht, deren materialer Charakter mehr oder weniger sittlich ist[1]).

Zur Rechtfertigung unseres Standpunktes bezüglich der Streitfrage, ob die sittlichen Pflichten durch den § 1353 Abs. 1 zu Rechtspflichten geworden sind, muß eine Gegenüberstellung von sittlich und rechtlich versucht werden.

Die sittliche Pflicht ist ihrer Struktur nach immer nur konkrete Aufgabe der von ihr betroffenen Person (meine Pflicht, nicht gegen mich, wie oft gesagt wird, sondern gegen das Sittengesetz)[2]). Das Sittengesetz wurzelt im letzten Individualen des Menschen, im konkreten Akt seines Vorziehens oder Nachsetzens. Gegen dieses „individuelle sittliche Gesetz" kann man in rechtlicher Betrachtungsart überhaupt nicht „verstoßen"; denn es befiehlt, es verpflichtet garnicht in einem irgendwie „rechtlichen" Sinne, sondern es spricht schlechthin unbedingt aus: so ist es recht, so unrecht[3]). Im Rechtssinne kann man nur gegen etwas verstoßen, das eine intersubjektive Geltung hat.

Es gibt nun gewisse sittliche Werte, bei deren Realisierung man seiner Umwelt begegnet, z. B. als Glied der Menschheit, eines besonderen Volkes, einer Familie. Diese Werte können wegen ihres besonderen materialen „Umweltcharakters" in intersubjektiver Geltungsform erscheinen, d. h. ihre Verwirklichung kann vom Sittlichkeitsbewußtsein der Allgemeinheit gefordert werden. Die formale Struktur solcher sittlichen „Umweltwerte" bietet dem Recht die Möglichkeit, sie ausdrücklich zu sanktionieren. Damit aber werden die Verpflichtungen der „allgemeinen" Sittlichkeit zu rechtlichen Verbindlichkeiten.

Ist dieses nun bei der Bestimmung des § 1353 Abs. 1 BGB der Fall? Wir könnten die Frage ohne weiteres bejahen, wenn mit dem Wort „eheliche Lebensgemeinschaft" ein festbestimmter Tatbestand gegeben wäre, unter dem man im ganzen Geltungsgebiet des Gesetzes ein und dasselbe, nicht mehr und nicht weniger, verstünde, wie z. B. bei dem § 433 BGB: „Der Verkäufer einer Sache ist verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen". Was „eheliche Lebensgemeinschaft" ist, soll aber gerade immer erst durch das allgemeine Sittlichkeitsbewußtsein bestimmt werden. Wir können also sagen, die sittliche Pflicht, die das bezüglich der Ehe geltende Sittengesetz dem Ehegatten auferlegt, sagt ihm erst, wie er die Rechtspflicht der ehelichen Lebensgemeinschaft zu erfüllen hat. Dasselbe meint auch Wieruszowski[4]), wenn er sagt, „das Sittengesetz ist die schöpferische, gestaltende Kraft, die das Wesen der ehelichen Ge-

---

1) Dieses materiale Moment ist übrigens, wenn auch in abgeschwächtester Form, in jeder reinen Rechtspflicht aufweisbar.

2) Natorp, Recht und Sittlichkeit S. 68.

3) Vgl. hierzu Paul Natorps „Praktische Philosophie §§ 185, 186, besonders S. 468. Auf seine trefflichen Ausführungen sei hier allein hingewiesen.

4) Handb. d. Eherechts, S. 4.

meinschaft und ihren Inhalt bestimmt [1])". Wenn die sittlichen Pflichten zu Rechtspflichten gemacht wären, gäbe es diesen weiten Spielraum garnicht.

Wir kommen somit dem Sinne nach zu demselben Resultat wie Joerges, wenn auch auf anderem Wege. Nach Joerges [2]) bestimmt der § 1353 Abs. 1 die Art des Rechtsverhältnisses (der Ehe nämlich), das durch die Worte „eheliche Lebensgemeinschaft" bezeichnet wird, oder an anderer Stelle [3]): „Durch die Anordnung der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft erfaßt die Rechtsordnung das Verhältnis „Ehe" als Rechtsverhältnis".

Die auf Grund seiner Erörterungen von Joerges gegebene Definition der Ehe als eines sittlichen Rechtsverhältnisses scheint uns auch völlig berechtigt. Was Sarantakis [4]) gegen ihn vorbringt, ist durchaus kein Gegenbeweis; denn in dem Beiwort „sittlich" liegt ja gerade die Möglichkeit der „freien Gestaltung nach allen Richtungen [5])", die Sarantakis fordert und die er irrtümlich bei der Joerges'schen Begriffsbestimmung ausgeschlossen glaubt.

Wenn wir über die Normen von intersubjektiver Geltung sprachen, so ist noch zu bemerken, daß es solche nicht nur auf rechtlichem Gebiete gibt. In engem Zusammenhang mit ihnen stehen die des Brauches, der Sitte. Auch gegen die Sitte ist eine Abgrenzung der Sittlichkeit vorzunehmen, umsomehr, als bei Versuchen, über die persönlichen Wirkungen der Ehe Näheres auszusagen, immer wieder betont wird, das eheliche Verhältnis sei durch die Sitte geordnet; auf das, was Brauch sei im ehelichen Zusammenleben, sei bei einer Entscheidung über Streitigkeiten Rücksicht zu nehmen. Auch wir haben oben (S. 19) die Notwendigkeit einer Beachtung der Sittenregeln betont.

Bei der Sitte, wie beim Recht, handelt es sich um die Regelung dessen, was verwirklicht wird, was in die Erscheinung tritt. Bei beiden wird der Mensch in seiner Beziehung zu anderen gedacht, wogegen das sittliche Gesetz dem Menschen sowohl darüber Aufschluß gibt, wie er für sich wollen und handeln soll, als auch, wie er sich anderen gegenüber zu verhalten hat. Recht und Sitte haben also nur das „verbindende Wollen" [6]), das sich dem Gemeinschaftsgedanken unterzuordnen hat, zum Gegenstand. Der Unterschied zwischen ihnen liegt lediglich darin, daß zu dem Recht, und zwar seinem Begriffe nach [7]), die Zwangsmacht gehört, d. h. die Befolgung der Rechtsregeln kann mit „äußerem Zwang" [8]) durchgesetzt werden.

---

1) Gauß ist also im Unrecht, wenn er a. a. O. S. 12 sagt, Wierusowski „scheine" der Ansicht zu folgen, die sittlichen Pflichten seien zu Rechtspflichten gemacht.

2) a. a. O. S. 8. 3) a. a. O. S. 10, 12. 4) a. a. O. S. 16.

5) Auch Sarantakis will damit keineswegs den Gemeinschaftsgedanken unberücksichtigt lassen, wie sich aus seinen ganzen Ausführungen ergibt.

6) Stammler, Theorie d. Rechtswissensch. S. 74 ff., 90 ff. S. 484. Ders. Lehre v. r. Recht, bes. 2. Abschn.

7) Vgl. Binder, Philosophie des Rechts, S. 68 ff. im 2. Kap. „Begriff des Rechts".

8) Vgl. Fr. Leonhard S. 4.

Jedes Recht und jede Sitte soll natürlich in dem höchstem Gesetz, nämlich dem der Sittlichkeit, wurzeln. Nur wenn das der Fall ist, kann man von einem „richtigen" Recht, einer „richtigen" Sitte reden im Stammler'schen Sinne[1]). Der sittliche Gedanke in dem § 1353 ist der einer vollen Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Weib; aber „rechtlich" zu fordern ist — das dürften unsere Ausführungen bewiesen haben — ein dieser Gemeinschaft entsprechendes Verhalten; denn sonst müßte in der Tat, wie Wetzel[2]) sagt, auch die gegenseitige Liebe eine Rechtspflicht sein. Sie aber, wie jedes Gefühl, jede Gesinnung ist durchaus unverfügbar. Zur Erfüllung einer rechtlichen Verbindlichkeit ist es jedoch nötig, daß der „Schuldner" über den Gegenstand, die Handlung, die in Frage steht, verfügen kann.

Somit ist auch klar, daß es weiter keine Merkwürdigkeit und kein logischer Fehler ist, wenn wir mit der h. M. auf dem Standpunkt stehen, jede Verletzung der rein persönlichen Pflichten in der Ehe berechtige einen Ehegatten, gegen den anderen mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorzugehen; denn diese Meinung läßt sich auch anders begründen als nur damit, die sittlichen Pflichten seien zu Rechtspflichten gemacht. Sie hat gerade in unseren vorstehenden Erwägungen über Sittlichkeit und Recht ihren Grund. Gerade sie führen zu dem Resultat, daß jegliches Verhalten eines Ehegatten, das mit dem ehelichen Gemeinschaftsgedanken im Widerspruch steht, dem anderen das Recht zur Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gibt.

§ 3. Aus dem objektiven Recht nachweisbare Einzelpflichten der ehelichen Lebensgemeinschaft.

Es ist nun noch aufzuzeigen, daß es mit unserer Ansicht sich verträgt, wenn wir Blickpunkte für die eheliche Lebensgemeinschaft aufstellen können. Damit haben wir keineswegs den beim Zustandekommen des Gesetzes als nötig erkannten weiten Rahmen wieder eingeengt. Mit der Bezeichnung „Blickpunkt" ist nur gesagt, daß etwas da ist, von wo man sich orientieren kann; nicht aber, daß es keine weiteren Orientierungsmittel gibt. Die Notwendigkeit der Aufstellung von Blickpunkten, die objektiver Art sein müssen, ist leicht einzusehen, wenn man bedenkt, daß subjektive Anschauungen gar zu leicht zu falschen Urteilen über menschliches Verhalten führen. Diesen darf gerade bei Ehestreitigkeiten nicht zuviel Raum gelassen werden. Das vertrüge sich schlecht mit der großen Bedeutung, die das Institut der Ehe für den Staat hat. Gerade um dieser Bedeutung willen ist die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens eingeführt worden, da sie ja den Zweck hat, die Ehe zu erhalten.

---

1) Vgl. Stammler, Lehre vom richtigen Recht.
2) Arch. f. bürgerl. Recht Bd. 26 S. 73.

Wir glauben daher mit Joerges[1]), daß im materiellen Recht, nämlich in den §§ 1565—1569 diese objektiven Blickpunkte gegeben sind[2]). Dort sind die Tatbestände aufgezählt, bei deren Vorliegen ein Ehegatte die Scheidungsklage erheben kann. In diesen Bestimmungen sind aber gleichzeitig „Normen" enthalten, nämlich „Gebote, welche die Menschen zu einem bestimmten Verhalten (Tun oder Unterlassen) verpflichten"[3]).

1. Die Pflicht zur Wahrung der ehelichen Treue.

In § 1565 BGB ist der Ehebruch als Scheidungsgrund genannt. Darin liegt das Gebot, den Ehebruch zu unterlassen. Dem Ehebruch sind Bigamie und widernatürliche Unzucht gleichgestellt. Folglich läßt sich aus dem § 1565 die eheliche Treupflicht als eines der Prinzipien der ehelichen Lebensgemeinschaft ableiten[4]).

Der Meinung Wetzels[5]), die Treupflicht gehöre nicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, weil sie niemals verweigert werden könne, muß widersprochen werden. Schon ihre Begründung ist unzureichend. Ihren Ausgangspunkt hat sie in dem § 1353 Abs. 2, wonach sich das Verlangen nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch darstellen kann. Wetzel steht nun auf dem Standpunkt, daß die Einrede[6]) des Mißbrauchs nur einem Recht gegenüber gegeben sei, dessen Erfüllung man verweigern könne. Damit hat er auch ganz recht. Es ist aber nicht einzusehen, warum zu dem Inhalt der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht auch Rechte gehören können, denen gegenüber die Einrede des Mißbrauchs versagt. Eine Gesetzesbestimmung, die den Ehegatten die Möglichkeit einer Entkräftung von Rechten gibt, ist m. E. nicht ausreichend, um aus ihr den Schluß abzuleiten, die eheliche Lebensgemeinschaft umfasse überhaupt nur solche Rechte, deren wesensmäßiges Merkmal es sei, gegebenenfalls mit einer Einrede angegriffen werden zu können[7]). Für die meisten Rechte trifft das ja zwar zu; aber es hieße die Eigenart der Gattenrechte verkennen, wollte man an sie den gleichen Maßstab legen wie z. B. an Forderungsrechte.

---

1) a. a. O. S. 26 ff.

2) Auch Endemann a. a. O. S. 292 ff. und auf ihn sich berufend Gauß, a. a. O. S. 14 ff. glauben aus dem Scheidungsrecht die „Rechtspflichten" der ehelichen Lebensgemeinschaft entnehmen zu können.

3) So Enneccerus, Allgem. Teil Bd. I § 27 II.

4) Es handelt sich hier darum — das sei noch einmal ausdrücklich bemerkt —, aus dem Gesetz die einzelnen Klagegrundlagen herauszustellen. Sonst könnte man uns vielleicht den Einwand machen, daß die gegenseitige Treue zum Wesen der monogamischen Ehe gehöre, sei eine so allgemeine Anschauung, daß darüber nicht weiter gesprochen zu werden brauche.

5) a. a. O. S. 78.

6) Daß es sich hier um eine Einrede handelt, was vielfach bestritten wird, werden wir weiter unten nachzuweisen versuchen.

7) Die Ansicht Wetzels ist gleichfalls abgelehnt worden von Gauß a. a. O. S. 16 f.; Joerges, a. a. O. S. 28; Staudinger a. a. O. Anm. 1 zu 1353.

Auch in der Begründung der Entscheidungen des Reichsgerichts wird stets die eheliche Treupflicht mit aufgezählt als zu den Wirkungen der ehelichen Lebensgemeinschaft gehörend[1]). In der Entscheidung Bd. 71, S. 86 heißt es sogar, daß „aus dem Wesen der Ehe vornehmlich die Pflicht der ehelichen Treue entspringe". Befremden muß es daher, wenn (S. 88/89) weiter gesagt wird, „eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen sei dem einen Ehegatten gegen den anderen während bestehender Ehe versagt". Es ist nicht ganz klar ausgesprochen, ob damit nur die Möglichkeit einer Unterlassungsklage auf Grund von Bestimmungen aus dem Gebiet der unerlaubten Handlungen, insbesondere des § 823 BGB, widersprochen werden soll, oder ob die Praxis einen Ehebruchsunterlassungsanspruch überhaupt nicht zulassen will. Im ersten Fall würde lediglich abgelehnt, daß ein Recht, welches in das Gebiet der persönlichen Beziehungen der Ehegatten fällt, mit der gewöhnlichen zivilrechtlichen Klage geltend gemacht werden kann. Die Ablehnung ist berechtigt, da eben für Ehestreitigkeiten der besonders geartete Eheprozeß eingeführt ist. Im zweiten Fall aber wäre nicht einmal dieses besondere Verfahren zuzulassen. Es bliebe, wenn „gütliche" Vorstellungen nichts nützten, nur übrig, die „Ehescheidung zu betreiben". Uns scheint aber mit der Verweisung auf die Ehescheidungsklage, die „nur" in Betracht komme, übersehen zu sein, daß sie nicht das einzige Mittel ist, Streitigkeiten unter Ehegatten in jedem besonderen Verfahren zu behandeln. Gerade hier ist Raum für die Herstellungsklage, gerade hier vermögen oft die „gütlichen Mittel" des Richters — es hat ja ein Sühneversuch dem eigentlichen Verfahren vorauszugehen (§§ 609—611 ZPO) — mehr als die des Ehegatten. Der einzige Einwand, den man hier gelten lassen könnte, ist der, das es der sittlichen Natur der ehelichen Gemeinschaft widerspricht, während der Ehe eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischer Handlungen zuzulassen.

2. Die Pflicht zu unterstützendem Verhalten.

Die Pflicht, die sich aus dem Scheidungsgrund der Lebensnachstellung (§ 1566) ableiten läßt, liegt eigentlich schon klar in dem allgemeinen Begriff des § 1353. Beide Ehegatten sind verpflichtet, die Erreichung des gemeinsamen Zwecks zu fördern[2]). Also darf der eine nichts tun, was den anderen an der Erfüllung dieser Verpflichtung hindern könnte. Es wird nun wohl kaum vorkommen, daß ein Ehegatte noch die Herstellung des ehelichen Lebens begehrt, wenn der andere ihm durch die Tat bewiesen hat, er wolle ihn töten; aber die Pflicht, ein positives Tun zu unterlassen, das dem anderen Gatten die Erfüllung

1) Vgl. statt aller z. B. RGE Bd. 71 S. 86; 97, 287. Vgl. auch RGR-Komm. a. a. O. Bem. 2 zu 1353.

2) Wie bei jeder Gemeinschaft. Vgl. § 705 BGB.

seiner Gegenpflicht schlechterdings unmöglich macht, ist in § 1566 noch einmal besonders ausgesprochen.

3. Die Pflicht zu häuslicher Gemeinschaft.

Aus dem § 1567 BGB (Scheidungsgrund wegen böswilliger Verlassung) ergibt sich das Gebot, in häuslicher Gemeinschaft zu leben, d. h. dort, wo ein Ehegatte den Mittelpunkt seines persönlichen Lebens hat, soll ihn auch der andere haben. Darin liegt die Verpflichtung jedes Ehegatten, den anderen bei sich aufzunehmen [1]). Jeder Ehegatte hat, wie Wetzel [2]) richtig sagt, ein Recht darauf, daß alle Wohnräume gemeinschaftlich sind. Die häusliche Gemeinschaft kann daher aufgehoben sein, wenn die Eheleute zwar im gleichen Hause wohnen, aber nicht miteinander, sondern derart voneinander getrennt, daß jeder seine Wohnräume von denen des anderen völlig gesondert hat. Insofern ist also der Meinung des OLG [3]) beizuflichten. Nicht aber können wir einer Gleichsetzung der Haushaltsgemeinschaft mit der häuslichen Gemeinschaft zustimmen [4]); in der Regel wird zwar bei gemeinsamer Haushaltung auch häusliche Gemeinschaft vorhanden sein; denn der Begriff „Haushaltung" umfaßt ja nicht nur die Gegenstände und Tätigkeiten, die dem Zweck der Ernährung dienen, sondern alles, was zur Lebensfürsorge der Ehegatten gehört. Wenn also Ehegatten ihre Mahlzeiten außerhalb des Hauses und einzeln einnehmen, kann gleichwohl noch die Haushaltung gemeinsam sein. In dem Fall, wenn sie also Haushaltungsgegenstände wie Möbel, Licht usw. gemeinsam benutzen, wird wohl immer auch häusliche Gemeinschaft bestehen. Umgekehrt aber schließt eine häusliche Gemeinschaft nicht ohne weiteres die Haushaltungsgemeinschaft ein, so z. B. bei Ehegatten, die zwar ihre Wohnräume zusammen haben, aber vollständig im Haushalt der Eltern leben.

Diese Auseinanderhaltung ist wichtig für den Fall der Herstellungsklage, da es dem Ehegatten, der gemeinsame Haushaltung begehrt [5]), nichts nützen würde, wenn der andere zur häuslichen Gemeinschaft verurteilt würde.

Weder um Haushaltsgemeinschaft noch um häusliche Gemeinschaft in unserem Sinne handelt es sich, wenn Eheleute zu Erwerbs- und Arbeitszwecken in gemeinsamen Büro- oder Verkaufsräumen tätig sind. Falls sie im übrigen alle ehelichen Beziehungen abgebrochen haben, sodaß ihre Verbindung nur einer Verfolgung geschäftlicher Interessen dient, ist ein Herstellungsanspruch begründet [6]).

---

1) Vgl. OLGE Bd. 21 S. 238.
2) a. a. O. S. 82. 3) Bd. 2 S. 329.
4) a. M. außer OLG (E Bd. 2 S. 330) Opet u. v. Blume, Bem. 1 zu § 1567.
5) Die Rechtspflicht zur Haushaltungsgemeinschaft läßt sich aus § 1356 ableiten. Darüber weiter unten.
6) Vgl. auch JW 1920 S. 641.

Nun enthält aber nicht jede örtliche Trennung eine Verletzung dieses Rechts; sie kann z. B. aus Gründen des Berufs oder der Gesundheit gefordert werden. Bei jedem tatsächlichen Getrenntleben kommt es für das Vorliegen eines Herstellungsanspruches darauf an, ob der abwesende Ehegatte den Willen erklärt [1]) hat, die Gemeinschaft aufzuheben [2]). Wenn das nicht der Fall ist, ist auch ein Herstellungsanspruch nicht gegeben. Man kann da vielleicht von einer Unterbrechung, nicht aber Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft reden. Eine Unterbrechung liegt auch vor in den Fällen, wo die Abwesenheit nicht auf freier Entschließung beruht wie z. B. bei einer Strafverbüßung, notwendigen Aufenthalt in einer Nervenheilanstalt, ferner bei Kriegsdienst des Mannes. Hier bedarf es einer Prüfung des Willens überhaupt nicht, ein Herstellungsbegehren ist ohne weiteres abzuweisen. Hier kann also auch niemals die Scheidungsklage wegen böslicher Verlassung erhoben werden. Daß ein anderer Scheidungsgrund vorliegt, z. B. bei der Strafverbüßung „ehrloses oder unsittliches Verhalten" (§ 1568), bei dem Aufenthalt in der Heilanstalt „Geisteskrankheit" (§ 1569) ist natürlich möglich.

4. Die Pflicht zur Unterlassung von Handlungen, die die Ehegemeinschaft zerrütten könnten.

Der § 1568 BGB enthält das Gebot, alles zu unterlassen, was das eheliche Verhältnis unheilbar zerrütten könnte. Jede schwere Verfehlung kommt hier also in Betracht und zwar sowohl hinsichtlich der Gemeinschaftspflichten als auch in Bezug auf die Lebenshaltung der Gatten nach außen hin. Die Bemessung geschieht nach objektiven und subjektiven Gesichtspunkten. Wenn von einem Ehegatten die Zerrüttung der Ehe behauptet wird, kommt für die Beurteilung nicht nur in Betrag, was allgemein die Ehe zu erschüttern geeignet ist, sondern ob es gerade bei dieser Ehe der Fall ist, ob gerade diesen Ehegatten eine Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Stand, Charakter und Bildungsgrad der Ehegatten sind zu berücksichtigen und zwar alle diese Faktoren zusammen, so daß Urteile vermieden werden, die nur davon ausgehen, in gewissen Volkskreisen werde diese oder jene Verfehlung kaum, auf keinen Fall aber als schwer, empfunden [3]). Auch das RG hat sich gegen eine solche Auffassung ausgesprochen [4]).

Neben der ausdrücklich genannten groben Mißhandlung fällt unter die „Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten" insbesondere die Verweigerung der Geschlechtsgemeinschaft oder, wie man auch sagt, der ehelichen Pflicht. Sie gehört zu den in der Praxis sehr häufig vorkommenden Fällen [5]). Daß überhaupt Geschlechtsgemeinschaft bestehen

1) Die Erklärung kann auch stillschweigend geschehen.
2) Vgl. OLGE Bd. 5 S. 399; RGE Bd. 53 S. 341.
3) Vgl. JW 1916 S. 1192; Seuff. A. Bd. 75 S. 135 f.
4) z. B. in den unter Anm. 1 genannten Entscheidungen.
5) Vgl. Staudinger a. a. O. Bem. 2 c zu 1568.

soll, besagt der § 1353, welcher von Ehegatten noch besonders eine eheliche Gemeinschaft fordert. Der § 1568 gibt Veranlassung nach dem „Wie“ dieser Geschlechtsgemeinschaft zu fragen. Die Norm gibt sowohl das allgemeine Sittlichkeitsempfinden wie auch das subjektive der Ehegatten.

Der § 1568 ist übrigens für die Herausstellung fester Blickpunkte weniger geeignet als die anderen Scheidungsgründe. Was ehrloses oder unsittliches Verhalten ist, muß immer erst festgestellt werden; welches die durch die Ehe begründeten Pflichten sind, erfahren wir hier ebensowenig wie im § 1353. Es bleibt nur der allgemeine Satz: die Ehegatten haben sich so zu verhalten, daß die Ehe nicht zerrüttet wird. Die einzelnen Zerrüttungstatbestände aber gibt nicht das Gesetz an; ob sie vorliegen, wird vielmehr jedesmal festgestellt unter Heranziehung von Sittenregeln und solchen Sittlichkeitsmaßstäben, die erfahrungsgemäß allgemeingültig sind.

Die Herstellungsklage wird sich meistens, außer im Fall des Verlangens nach Geschlechtsgemeinschaft, auf Unterlassung gewisser Handlungen richten.

5. Die Pflicht zur geistigen Gemeinschaft.

Schließlich läßt sich aus dem Scheidungsrecht (§ 1569 BGB) noch das Gebot der geistigen Gemeinschaft ableiten. Endemann behauptet zwar [1]), aus dem § 1569 könne keine eheliche Pflicht abgeleitet werden. Wir müssen nach einer Begründung seiner Ansicht suchen. Er sagt an anderer Stelle [2]): „Als Rechtspflichten gelten nur diejenigen Pflichten zur ehelichen Lebensgemeinschaft, deren Verletzung das eheliche Leben zerstört und das Recht zur Scheidung begründet“. Vielleicht meint nun Endemann den § 1569 für die Pflichtenaufstellung deshalb ausschließen zu müssen, weil er einem Geisteskranken die Möglichkeit der Pflichtverletzung abspricht. Joerges [3]), der allerdings, wie wir, in dem § 1569 die Rechtspflicht der geistigen Gemeinschaft enthalten sieht, behauptet schlechthin, „hier werde zwar keine Pflicht verletzt“, aber, fährt er fort, „das Gesetz zeige durch die Festlegung dieses Scheidungsgrundes deutlich, daß es sich eine geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten denke“. Diese Begründung ist kaum hinreichend genug. M. E. ist, wenn der Scheidungsgrund des § 1569 gegeben ist, auch eine Pflicht verletzt, nämlich die, in geistiger Gemeinschaft zu leben. Daraus, daß die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft durch mindestens 3 Jahre dauernde Geisteskrankheit erfolgt sein muß, kann man doch nicht folgern, es sei keine Pflicht verletzt. Wenn man das tut, verwechselt man die Pflichtverletzung mit der Zurechnungsfähigkeit [4]). Das Vorliegen der

---

1) a. a. O. S. 293 Anm. 13.
2) a. a. O. S. 292.
3) a. a. O. S. 27.
4) Vgl. auch v. Tuhr III S. 454: „Durch den Mangel der Zurechnungsfähigkeit wird nicht die objektive Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen, sondern das Verschulden des Täters“.

letzteren muß allerdings verneint werden; denn ein Geisteskranker handelt nicht schuldhaft. Da nach dem BGB in der Regel nur derjenige für die Folgen seines Verhaltens einzustehen hat, der vorsätzlich oder fahrlässig handelt und der sich in einem normalen geistigen Zustand befindet, dem also sein Handeln zugerechnet werden kann, so darf die Vorschrift des § 1569 als Ausnahme betrachet werden. Hier wird die Ehe wegen einer schuldlosen Pflichtenverletzung geschieden. Ein Ausgleich kann vor allem in der Bestimmung des § 1583 erblickt werden, wonach der geisteskranke geschiedene Ehegatte gegen den anderen einen Unterhaltungsanspruch hat, als ob jener allein für schuldig erklärt wäre. Von hier aus läßt sich auch die Ausnahme des § 1569 erklären. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten sollen zwar aufhören, wenn ihre Grundlage, nämlich die geistige Gemeinschaft, weggefallen ist. — Wie sehr sie als Grundlage angesehen wird, besagt gerade die strenge Rechtsfolge ihrer unverschuldeten Aufhebung. — Gewisse vermögensrechtliche Beziehungen sollen aber zum Schutz des Geisteskranken bestehen bleiben.

Somit darf als bewiesen erachtet werden, daß die Rechtspflicht zur geistigen Gemeinschaft in dem § 1569 enthalten ist. Was unter der geistigen Gemeinschaft zu verstehen ist, steht nun keineswegs eindeutig fest. Planck[1]) glaubt sie in dem „Bewußtsein des Zusammengehörens als Ehegatten" erblicken zu können. Dieses, meint er, müsse genügen, denn da „in einer Ehe Mann und Frau häufig nicht auf derselben geistigen Stufe stünden, könne die geistige Gemeinschaft nicht in einer Gemeinschaft des Denkens und Fühlens bestehen". Der Ausgangspunkt dieser Begründung: „Da Ehegatten häufig nicht auf derselben geistigen Stufe stehen . . . . ", ist jedoch abzulehnen. Es muß im Auge behalten werden, daß die Pflichten aufgesucht werden sollen, die das eheliche Zusammenleben betreffen. Die geistige Stufe der Eheleute kann dabei außer Betracht bleiben; denn für die persönlichen Eheangelegenheiten ist es ganz gleichgültig, ob z. B. die Frau eines Großindustriellen etwas von den geschäftlichen Unternehmungen ihres Mannes versteht, oder der Mann einer Pianistin von Musik. So ist es auch, wenn wir den extremsten Fall annehmen, nämlich bei Ehegatten aus völlig entgegengesetzten Gesellschaftsschichten. Daß dort eine Gemeinschaft des Denkens und Fühlens ausgeschlossen sein soll, ist wohl nur in den allerseltensten Fällen zutreffend, wenn z. B. ein Ehegatte mit stark ausgeprägtem Sittlichkeitsbewußtsein in dem anderen eine Verbrechernatur erkennt. Diese Ausnahmefälle aber berechtigen nicht zur Aufstellung von allgemeinen Sätzen. Man kann außerdem darüber streiten, ob bei „gleicher geistiger Stufe" immer Gemeinschaft im „Denken und Fühlen" der Ehegatten vorhanden ist[2]). Sie ist aber auch für die „geistige Gemeinschaft" ebensowenig hinreichend wie es „das Bewußtsein, als Ehegatten zusammenzugehören", ist.

1) a. a. O. zu § 1569, 3 a.

2) Vielleicht ist diese stets ein Ideal, das zu erstreben schon genügt.

Nach Endemann[1]) kommt es bei der geistigen Gemeinschaft an auf „die Fähigkeit zur Führung eines gedeihlichen und den wahren sittlichen Zwecken der Ehe entsprechenden Gemeinlebens". Eine besondere Stellung vor den intellektuellen Fähigkeiten, auf die das Wort „geistig" unrichtigerweise oft allein bezogen wird, räumt er dem „Gemütsleben" ein, indem er sagt[2]): „Die warme und mitfühlende Teilnahme des Ehegatten an dem Leben, Leiden und Empfinden des anderen Ehegatten macht das Wesen einer rechten Ehe viel mehr aus als die Beteiligung an dem Berufsleben oder der geistigen Arbeit des anderen". Das letztere ist m. E. durchaus richtig, nur genügt nicht die Fähigkeit allein, die ja ein gesunder Ehegatte haben kann, ohne sich ihr entsprechend zu verhalten.

Die geistige Gemeinschaft ist vielmehr die Fähigkeit zur Wahrnehmung der gemeinsamen Eheinteressen und der Wille, sein Verhalten mit dem Hinblick auf diese Interessen einzurichten[3]).

So wird auch verständlich, daß bei Verletzung der geistigen Gemeinschaft „Herstellung" verlangt werden kann, allerdings nur dann, wenn die Aufhebung nicht auf einer so gearteten Geisteskrankheit beruht, die „jede Aussicht auf Wiederherstellung dieser Gemeinschaft ausschließt" (§ 1569 a. E.). In allen jenen Fällen aber, wo entweder nur eine leichte geistige Erkrankung vorliegt, die behoben werden kann, ferner wo ein Ehegatte, ohne geistig erkrankt zu sein, sich willkürlich von jeder inneren Gemeinschaft fern hält, z. B. infolge seiner Auffassung, das eheliche Leben ginge ihn nichts an, der Hausstand werde ja von Angestellten besorgt, er müsse seine Gedanken auf wichtigere Dinge richten, ist m. E. ein Anspruch auf Herstellung zu bejahen.

Unsere Ansicht findet eine Stütze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Herstellung der geistigen Gemeinschaft allein ist zwar unseres Wissens noch nicht im Klagewege begehrt worden. In den uns bekannten Fällen[4]), wo der Erhebung der Klage ein krankhafter Geisteszustand des Beklagten zugrunde lag, hatte der geistig erkrankte Ehegatte die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, deren Wiederherstellung dann zunächst von dem gesunden Teil verlangt wurde. Dieses Verlangen wurde dann dahin abgeändert, den beklagten Ehegatten zu verurteilen, zur Wiedererlangung seiner Gesundheit eine Heilanstalt aufzusuchen. In jedem der Fälle wurde dem Klagbegehren stattgegeben.

In den Urteilsgründen finden wir folgende für uns wichtige Sätze: (51 S. 184) „Die Herstellungsklage diene nicht nur der Beseitigung eines räumlichen Getrenntlebens, sondern sei überhaupt wegen jeder

1) a. a. O. S. 258.

2) a. a. O. S. 258 Anm. 97.

3) Aehnlich auch Lenel, DJZ 1900 S. 315 ff.

4) z. B. RGE Bd. 51 S. 182; 59 S. 256; 95 S. 330; es sei hier schon bemerkt (das Weitere unten bei Erörterung des § 1354), daß wir nicht den in E 51 S. 182 vorgetragenen Standpunkt teilen, der Mann dürfe auf Grund seines Entscheidungsrechts verlangen, daß die Frau eine Heilanstalt aufsuche. Vgl. Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1354, dessen Meinung wir insofern ablehnen.

Verletzung der aus den persönlichen Verhältnissen der Ehegatten zueinander hervorgehenden Pflichten zulässig". Sie werde folglich (95 S. 332) „auch dann zugelassen, wenn ein häusliches Zusammenwohnen der Ehegatten garnicht in Frage komme, es sich vielmehr darum handele, ein dem Wesen der Ehe nach den besonderen Umständen des Falles entsprechendes Verhalten des anderen Teiles herbeizuführen". Ein Ehegatte könne also darauf klagen, daß der andere „zur Wiedererlangung seiner Gesundheit eine Heilanstalt aufsuche und damit das Hindernis, das der Erfüllung seiner Verpflichtung zur vollen ehelichen Lebensgemeinschaft entgegenstand, nach Möglichkeit beseitige".

Der Standpunkt des Reichsgerichts wird in der Wissenschaft zum größten Teil abgelehnt [1]) und zwar von den meisten Schriftstellern deshalb, weil er eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts mit sich bringe oder einen Eingriff in die Eigensphäre der Ehegatten bedeute.

Endemann wendet zunächst ein, der Treu und Glauben-Grundsatz, auf den das Reichsgericht sich berufe, komme nur bei „spezifisch rechtlichen Verbindlichkeiten" in Betracht, ob es sich aber um solche handele, sei, wo „die Freiheit der persönlichen Selbstbestimmung in Frage stehe, erst einmal festzustellen". In der Entscheidung aber, von der Endemann spricht [2]), wird gerade diese Feststellung, wenn auch in großer Kürze, gemacht. Es wird nämlich von den Rechtspflichten des § 1353 im allgemeinen ausgegangen und im besonderen von der Pflicht des Zusammenwohnens, die übrigens auch Endemann [3]) in dem § 1353 enthalten sieht. Die Hindernisse, die ihrer Erfüllung entgegenstehen, sollen beseitigt werden, genau so, wie es bei Schuldverhältnissen nach Treu und Glauben erforderlich ist.

Wir halten also einerseits die Voraussetzung, die Endemann zu fehlen scheint, für gegeben; andererseits aber glauben wir mit Joerges [4]), daß es des Zurückgehens auf die Sätze über Treu und Glauben im Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse gar nicht bedarf. Sie sind direkt enthalten in dem § 1353 [5]), der bestimmt, daß die Ehegatten mit Rücksicht auf das soziale Ideal leben sollen. Dasselbe wollen auch die oben (S. 29) zitierten Sätze des Reichsgerichts besagen.

Endemann führt weiter aus: „Man darf schwerlich so weit gehen, daß jeder, der eine Ehe schließt, mit Leib und Leben dem Ehezweck als Sklave verfällt". Nun muß man doch wohl sagen, daß zwischen Sklaverei und strenger Pflichterfüllung noch ein weiter Raum ist.

1) So v. Endemann, a. a. O. S. 293 Anm. 15; Fr. Leonhard, Lehrb. S. 153; Dernburg a. a. O. S. 114 Anm. 14; Gauß a. a. O. S. 25 ff. — a. M. Planck a. a. O. zu 1354; Wolff a. a. O. S. 100 Anm. 19; Joerges a. a. O. S. 27 f.

2) 59 S. 256.

3) a. a. O. S. 292.

4) a. a. O. S. 28.

5) So auch Planck a. a. O. Bem. 1 zu § 1353; ferner Staudinger a. a. O. Anm. 1 zu 1353. Vgl. auch Mot. IV S. 104.

Endemann sagt selbst[1]), „der dem wahren Wesen der Ehe entsprechende Rechtszustand beruhe auf der Unterordnung der individuellen Freiheit unter die Zwecke der Ehe". Wenn er nun den Satz nicht in dem Sinne verstanden wissen will, wie etwa Hegel, nach dem die Ehe die Einzelpersönlichkeit aufhebt, so ist ihm durchaus beizupflichten; denn das Wesen der Gemeinschaft ist, „daß sie die Vielheit voraussetzt und in sich bewahrt, sodaß die Einzelperson in ihr nicht vernichtet und verneint, sondern im Gegenteil bejaht und vollendet wird"[2]). Eben damit diese Vollendung möglich sei, wird von dem einzelnen in dieser Gemeinschaft lebenden Ehegatten immer aufs neue die Rücksicht auf die sich aus ihr ergebenden Pflichten verlangt. Durch die Bestimmungen der Rechtsordnung soll die eheliche Gemeinschaft der Willkür und Laune der Parteien nach Möglichkeit entzogen werden. Es steht ja in dem freien Willen des Einzelnen, sich in dieses Rechtsverhältnis zu begeben oder nicht. Sklave wird man aber auch gegen seinen Willen. Als Sklave ist man rechtlich eine Sache. Mit einer Sache kann jeder grundsätzlich schalten und walten wie er will. Wo aber eine Person die andere lediglich darum anspricht, den aus ihrem Verhältnis entspringenden Pflichten nachzukommen, ist es falsch, von Sklaverei zu reden, die natürlich keinen Schutz beanspruchen könnte, da sie sowohl unseren sittlichen wie rechtlichen Anschauungen widerspricht.

Die Kritik wendet sich besonders deswegen gegen die genannten Reichsgerichtsentscheidungen, weil ihnen das Begehren nach häuslicher Gemeinschaft zugrunde lag und weil demgegenüber die Anordnung der Unterbringung in eine Heilanstalt nicht das gemeinschaftliche Leben betreffe. Nach unserer Auslegung des § 1353 ist die Verurteilung zu einer solchen Herstellung möglich, die zwar nicht unmittelbar, wohl aber mittelbar das Gemeinschaftsleben angeht. Sie kann aber auch von einer anderen Seite her verlangt werden, da es, wie wir festgestellt haben, Pflicht der Ehegatten ist, die geistige Gemeinschaft aufrechtzuerhalten. Ist aber gerade der geistige Zustand eines Ehegatten so fehlerhaft, daß ihm die Einsicht in seine Pflichten mangelt, dann ist ein Eingriff des Gerichts am Platze.

Daß die Anerkennung eines solchen Anspruchs zu großen Härten führen kann, wie Laband[3]) meint, spricht nicht gegen unsere Ansicht. Die möglichen Härten kann Laband, da ja das Urteil unvollstreckbar ist, nur in seiner psychischen Wirkung auf den verurteilten Ehegatten sehen. Da kann aber die Härte dem Ehegatten gegenüber, dem wirklich an einer Herstellung der ehelichen Gemeinschaft liegt, ungleich größer sein, wenn ihm die Hilfe, deren er bedarf, da er allein gegen den sich weigernden Teil nichts auszurichten vermag, versagt bleibt.

1) a. a. O. S. 290.
2) So Binder, a. a. O. S. 456.
3) DJZ 1903 S. 69.

Auch der von Gauß[1]) gemachte Einwand, aus der Weigerung eines Ehegatten die Heilanstalt aufzusuchen, könnte dem anderen ein Scheidungsrecht erwachsen, was unbillig sei, ist abzulehnen. Gauß kann hier nur auf einen verschuldeten Scheidungsgrund hinweisen, nämlich den des § 1567. Wenn also der Fall so liegt, daß einem Ehegatten „bösliche Absicht" vorgeworfen und zugerechnet werden kann, wird man wohl nicht von einer Unbilligkeit des Urteils sprechen können. Und dem nicht zurechnungsfähigen Gatten gegenüber gibt es diesen Scheidungsgrund nicht. Der Tatsache gegenüber, daß Gauß sich hier gegen das Entstehen des Scheidungsrechts wehrt, ist es übrigens merkwürdig, daß er mit Seeler übereinstimmt[2]), der gegen den schuldhaft sich in einem krankhaften Zustand erhaltenden Ehegatten ohne weiteres das Scheidungsrecht gegeben sieht. Warum, können wir ihn fragen, soll dann nicht zunächst das Mittel versucht werden, das dazu da ist, die Ehe zu erhalten. Es entspricht auch dem von Gauß selbst[3]) gesehenen „Prinzip des geltenden Rechts, die Ehescheidung zu erschweren und seinem Ziel, die Ehe aufrechtzuerhalten"[4]).

§ 4. Die Herausstellung von Einzelpflichten führt nicht zu einer Einschränkung des Herstellungsverlangens.

Nachdem nunmehr die Blickpunkte, die wir im Scheidungsrecht für die Herstellungsklage gefunden haben, vor uns liegen, ist noch zu prüfen, ob sie eine „außerordentliche" Einschränkung des Herstellungsrechts bedeuten, wie Gauß[5]), allerdings mit Bezug auf das Endemannsche Ergebnis[6]), meint. Gauß geht zwar selbst von der einschränkenden Grundlage Endemanns aus, will sie aber andererseits wieder ausdehnen. Wir haben mit unserer Aufstellung von Richtlinien von vornherein nicht die enge Schranke gezogen wie Endemann, der im Scheidungsrecht allein die „Rechtspflichten" sieht, auf die die Herstellungsklage gerichtet werden kann. Insoweit stimmen wir aber mit Endemann überein, als wir zur Gewinnung eines objektiven Maßstabes dafür, was denn zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehört, die Bestimmungen über die Ehescheidung für geeignet erklären. Damit ist noch nicht gesagt, daß sie auch ausreichend sind. Einige Fälle aus der Praxis beweisen und zwar m. E. mit Recht, daß auch ohne Vorliegen eines Scheidungsgrundes eheliche Pflichten soweit verletzt sein können, daß gerichtlich Herstellung verlangt werden kann[7]).

---

1) a. a. O. S. 26.
2) a. a. O. S. 26 Anm. 45 a. E.
3) a. a. O. S. 18.
4) Derselben Meinung sind auch Wolff a. a. O. § 31 IV 3 Anm. 19; Wetzel a. a. O. S. 115.
5) a. a. O. S. 18.
6) a. a. O. S. 292 f.
7) JW 33, S. 409; Recht 10 S. 621.

Immerhin dürfte die von Gauß geforderte Erweiterung, die übrigens so auch von Staudinger abgelehnt wird [1]), doch auf zu unsicheren Boden führen. Er will einen Herstellungsanspruch schon dann anerkennen, wenn Gefahr besteht, daß voraussichtlich ein Scheidungsgrund entstehen wird [2]). Wann soll aber ein Ehegatte voraussehen, daß der Ehebruch des anderen stattfinden wird; wann, daß der andere ihn verlassen wird; wann, daß das Verhalten des anderen die Ehe zerrütten wird? Es ist wohl mit Recht anzunehmen, daß, wenn so verfahren werden sollte, der Richter kaum je einen genauen Tatbestand feststellen könnte, der doch jedem Urteil zugrunde liegen muß.

Einige grundsätzliche Bemerkungen über die Herstellungsklage mögen die Berechtigung unserer Ansicht gegenüber der Gaußschen beweisen: die Herstellungsklage hat allerdings, wie schon erwähnt, den Zweck, der Erhaltung der Ehe zu dienen; aber man muß sich hüten, ihre Bedeutung in dieser Hinsicht zu überschätzen. Es darf nicht vergessen werden, daß es sich um einen Prozeß handelt, der neben pekuniären Lasten manche andere Unannehmlichkeiten im Gefolge hat und deshalb schon nicht eingeleitet wird, wenn nicht Gründe von erheblicher Schwere vorliegen. Darum auch darf man ruhig davon ausgehen, daß die Klage wegen jeder Verletzung der Ehepflichten gegeben sei. Wo das Gesetz nicht Halt gebietet [3]), tut es das praktische Leben selbst. Es würde doch niemandem einfallen, wegen seines „Rechts auf den Hausschlüssel" oder überhaupt wegen „sämtlicher Fragen des täglichen Lebens" das Gericht anzurufen [4]).

Man kann die Herstellungsklage vielleicht passend als retardierendes Moment bezeichnen. Wenn sie erhoben wird, droht bereits die Scheidung, wird aber durch sie noch aufgehalten. Dem Gatten, der sie beantragen könnte, ist noch ein letztes Mittel in die Hand gegeben. Mit der Herstellungsklage hat er die Möglichkeit seinen vorangegangenen Herstellungsversuchen größeren Nachdruck zu verleihen. Daß der Herstellungsklage die Bedeutung des Entweder-Oder zukommt, ist auch zu ersehen aus dem § 615 ZPO, wonach sie mit der Scheidungsklage verbunden werden kann. In dieser Bestimmung kann man übrigens einen Ersatz erblicken für die bei anderen Rechten mögliche zwangsweise Vollstreckung des Urteils. Gleichzeitig erhöht sie die erzieherische Wirkung der Klage auf Herstellung, die im übrigen schon einsetzen kann, wenn vor dem Richter die Klarstellung der Lage erfolgt, die die Ehegatten allein wegen des gespannten Zustandes, in dem sie leben, nicht erreichen können.

1) a. a. O. Bem. 1 zu § 1353.
2) a. a. O. S. 20.
3) Das tut es, indem es die Klage gibt, wenn eine Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verletzt ist. Dabei ist jedem Wort die gleiche Beachtung zu schenken.
4) Vgl. Endemann S. 292 Anm. 8.

§ 5. Die Grenzen des Herstellungsverlangens.

1. Die Mißbrauchseinrede laut § 1353 Abs. 2 Satz 1.

Der Ausübung des Rechts auf eheliche Lebensgemeinschaft sind durch das Gesetz selbst Grenzen gesetzt in verschiedenen Bestimmungen. 1. Dem Herstellungsverlangen eines Ehegatten braucht nicht Folge geleistet zu werden, wenn es sich als „Mißbrauch seines Rechts“ darstellt (§ 1353 Abs. 2 Satz 1). Mit dieser Bestimmung ist also den Ehegatten die Befugnis gegeben, die Pflichten zur ehelichen Lebensgemeinschaft ganz oder zum Teil zu verweigern. Die h. M., sowohl Wissenschaft wie Praxis, leitet aus der Bestimmung des § 1353 II 1 den Satz ab, daß ein sich etwa ergebender Mißbrauch von Amtswegen zu berücksichtigen sei, ohne daß es seiner Geltendmachung durch den Beklagten im Wege der Einrede bedürfe [1]); denn gesetzliche Voraussetzung des Verlangens nach Herstellung der Gemeinschaft sei, daß es sich nicht als Mißbrauch herausstelle. Im RGR-Kommentar heißt es daher: „Streng genommen handelt es sich nicht um den Mißbrauch eines vorhandenen Rechts, sondern um die Anmaßung eines nicht vorhandenen Rechts“ [2]).

Demgegenüber behaupten wir, daß die Vorschrift des § 1353 Abs. 2 eine Einrede im Sinne des BGB enthält. Man könnte uns hier vielleicht einwenden, eine solche Behauptung widerspreche dem, was wir auf S. 30 über die eheliche Lebensgemeinschaft bezüglich ihrer Parallele zu „Treu und Glauben“ gesagt haben; daraus sei zu folgern, der Mißbrauch sei „Anmaßung eines nicht vorhandenen Rechts“. Joerges, mit dem wir ja hinsichtlich der Bedeutung des § 1353 Abs. 1 übereinstimmen, lehnt denn auch die Auffassung, es handele sich um eine Einrede, ab [3]). Er sagt: „Wenn ein Ehegatte ein Recht aus § 1353 geltend macht und wenn dieses Verlangen sich im konkreten Fall als Mißbrauch darstellt, kann in der Tat kein Recht bestehen“. M. E. befindet man sich aber mit dieser Auslegung im Widerspruch mit dem Wortlaut des Gesetzes. Es heißt dort ausdrücklich „ . . . als Mißbrauch seines Rechts . . . “. Grundsätzlich hat jeder Ehegatte während bestehender Ehe das Recht und die Pflicht zur Teilnahme an allem, was das eheliche Gemeinschaftsleben angeht, wobei das Gemeinschaftsinteresse über dem subjektiven Belieben steht. Also kann auch regelmäßig jeder Ehegatte sein Recht auf volle eheliche Lebensgemeinschaft ausüben; d. h. er kann von dem anderen verlangen, daß er die seinem Recht entsprechenden Pflichten erfüllt.

---

1) So z. B. Staudinger a. a. O. Bem. 2 a. a. E. zu 1353; Planck a. a. O. Bem. 2 zu 1353; Joerges a. a. O. S. 30/31; RGRK a. a. O. Bem. 3 zu 1353; JW 1900 S. 891 ff; 1906 S. 336; 1907 S. 107; Recht 1910 Nr. 4093. — a. M. Fr. Leonhard, Die Beweislast S. 400; Wetzel a. a. O. S. 110 ff; Scriba a. a. O. S. 42 ff.

2) Aehnlich auch Langheineken, Anspruch u. Einrede S. 45.

3) a. a. O. S. 30/31.

Um dieses Verlangen abzugrenzen, hat man folgende Unterscheidung zu machen:

einmal ist zu beachten, daß neben der Gemeinschaft die Eigensphäre des Einzelnen weiterbesteht. Zu den Sonderangelegenheiten eines Gatten gehören z. B. Kleidung, Umgang, Lektüre, Kirchenbesuch, Gesundheitspflege; es können dazu gehören irgendwelche Arbeiten. Oft mag die Abgrenzung, was zum Gemeinschafts-, was zum Eigenleben zu rechnen ist, schwierig sein. Zum Beispiel kann die Art des persönlichen Verkehrs mit anderen Leuten das Gemeinschaftsleben betreffen und Anlaß zur Herstellungsklage geben. Ferner können hinsichtlich einer Heilbehandlung Schwierigkeiten entstehen. Oben haben wir bereits ausgeführt, daß der § 1353 Abs. 1 einen Ehegatten berechtige, an den anderen erkrankten Gatten die Forderung zu stellen, alles zu tun, um eine Krankheit zu beseitigen, die der Erfüllung seiner Gemeinschaftspflichten im Wege stehe. Auf welche Weise sich der kranke Ehegatte Heilung verschaffen will, hat er jedoch selbst zu bestimmen, es sei denn, daß es ihm an der Bestimmungsfähigkeit mangelt, wie es in der oben genannten Reichsgerichtsentscheidung (Bd. 59 S. 257) der Fall war.

Wenn ein Eingriff in die Eigensphäre des anderen stattfindet, handelt der Eingreifende unberechtigt. Ein Recht zu einem derartigen Tun ist für ihn niemals entstanden; er überschreitet sein Gemeinschaftsrecht; was er geltend macht, ist ein Nichtrecht. Die Gegenvorstellungen des Beklagten stellen in diesem Fall ein Leugnen des Klaggrundes dar. Da ja durch sie die Entstehung des Rechts überhaupt verneint wird.

Zweitens können innerhalb des ehelichen Gemeinschaftslebens Umstände eintreten, die einen Ehegatten nötigen, das Recht, das durch den Eheabschluß für ihn entstanden ist, einzuschränken, indem er nicht volle Pflichterfüllung von dem anderen Teil fordern darf. Das ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem in dem § 1353 Abs. 1 enthaltenen Treu- und Glauben-Grundsatz, wie Joerges meint; denn jetzt greift ein anderer Satz ein, kurz gesagt, das Gemeinschaftsrecht soll zu Gunsten des Eigenrechts eingeengt werden. Auf die Umstände, die diese Einengung nötig machen, will der § 1353 Abs. 2 Satz 1 verweisen. Er will besagen, die Herstellung des ehelichen Lebens, die während des Vorliegens solcher Umstände verlangt wird, ist als mißbräuchlich anzusehen, so z. B. wenn ein Ehegatte trotz bestehender Geschlechtskrankheit von dem anderen Erfüllung der ehelichen Pflicht verlangt. Hier darf ein Teilrecht, nämlich das auf Geschlechtsgemeinschaft, solange die ansteckende Krankheit nicht behoben ist, nicht ausgeübt werden. Man kann deshalb wohl mit Fug von einem Ruhen des Rechts oder Teilrechts reden, ähnlich wie bei dem Ruhen der elterlichen Gewalt (§§ 1676 ff. BGB).

Durch die vorstehende Unterscheidung haben wir folgendes Resultat gewonnen. 1. für das materielle Recht: Wenn der Anspruch eines Ehegatten sich auf den Eigenbereich des anderen erstreckt, so maßt er

sich ein garnicht vorhandenes Recht an. Mißbraucht er jedoch „sein" Recht, so geht er zwar von einem vorhandenen Recht aus, dem aber nach seinem Entstehen ein Gegenrecht, das Einrederecht, erwachsen ist. Von diesem Gegenrecht muß er, damit es Wirkung habe, Gebrauch machen. 2. Das bedeutet für den Prozeß: Wenn ein Recht nicht entstanden ist, so mangelt es dem, der dennoch darauf seine Klage stützt, am Klaggrund. Der Richter hat diese Tatsache zu beachten, selbst wenn sie nicht ausdrücklich vom Beklagten vorgebracht wird, oder mit anderen Worten, sie ist von Amtswegen zu berücksichtigen, wenn sie aus dem Sachverhalt hervorgeht. Anders ist es bei dem Mißbrauch. Weil dem Beklagten durch den § 1353 Abs. 2 Satz 1 eine Verweigerungsbefugnis verliehen ist, hat er allein zu entscheiden, ob er sie nützen will. Sein Entschluß, das zu tun, bedarf daher der ausdrücklichen Willenserklärung, der Einrede.

Daß wir es mit einer wirklichen Einrede zu tun haben, kann außerdem aus anderen Stellen des Gesetzes, die den gleichen Wortlaut haben: „ . . . als Mißbrauch seines Rechts darstellt . . . ", abgeleitet werden. So kann die Frau nach den §§ 1357, 1358 das Vormundschaftsgericht gegen einen Mißbrauch des Mannes anrufen. Tut sie es nicht, so muß sie sich seinen Anordnungen fügen. Das wäre nicht der Fall, wenn gesetzliche Voraussetzung des Entscheidungs- bezw. Kündigungsrechts des Mannes wäre, daß es sich nicht als Mißbrauch darstellt. Dann bedürfte es des Antrages der Frau garnicht, die mißbräuchliche Anordnung wäre ohnehin wirkungslos.

Vor allem aber spricht für unsere Ansicht der § 1361 BGB [1]). Der Unterhalt, der in der Regel durch Natural- und Geldleistungen zu bewirken ist, muß durch Entrichtung einer Geldrente gewährt werden, wenn die Ehegatten getrennt leben und „einer von ihnen die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf".

Neuerdings scheint auch die Praxis ihre Meinung geändert zu haben [2]). Ohne daß sie direkt von einem Einrederecht spricht, fordert sie doch Berufung auf den Mißbrauch des beklagten Ehegatten, indem sie sagt, ihn treffe dafür die Darlegungs- und Beweispflicht.

Wir kommen nun zu der Frage, was eigentlich unter Mißbrauch des Rechts zu verstehen ist. Aus dem Gesetz läßt er sich nicht bestimmen; denn in diesem Fall fehlen uns die Anhaltspunkte, die wir für eine Abgrenzung der „ehelichen Lebensgemeinschaft" im Scheidungsrecht gefunden haben. Auch der Satz in den Motiven [3]) „wenn eine Handlung mit der rechten ehelichen Gesinnung im Widerspruche stehe, liege Mißbrauch vor" [4]), führt zu keinem Resultat. Eine genaue Umgrenzung

1) Vgl. auch Fr. Leonhard, Die Beweislast S. 400; ferner Wetzel a. a. O. S. 112.
2) Vgl. RGE Bd. 103 S. 346 ff.
3) zu E I § 1273 II.
4) Ebenso Planck in den Reichstagsberatungen über den § 1354 BGB.

des Begriffs ist noch von keinem Schriftsteller gefunden worden, und sie läßt sich m. E. auch garnicht geben. Da man immer von den unendlich verschiedenen Verhältnissen auszugehen hat, in denen die Ehegatten leben[1]). Dennoch lassen sich wohl einige allgemeine Gesichtspunkte aufstellen, wie es am zutreffendsten von Wetzel geschehen ist[2]). Er nennt Mißbrauch jede Ausübung des Gemeinschaftsrechts, die sich geradezu gegen den Zweck richtet, um dessentwillen das Recht gegeben ist. Aber außer in dieser „zweckwidrigen" Rechtsausübung sieht er einen Mißbrauch in der Nichtberücksichtigung von Umständen, welche die sonst übliche Norm des ehelichen Zusammenlebens abweichend gestalten müssen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob einer der Ehegatten diese Umstände schuldhafterweise herbeigeführt hat[3]). Um solche besonderen Umstände handelt es sich nach Wetzel dann, wenn dadurch, daß ein Ehegatte dem Herstellungsverlangen des anderen nachgeben würde, solche Interessen erheblich verletzt oder gefährdet würden, die der Rechtsordnung höher stehen als die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, so z. B. die Erhaltung des Lebens, der Gesundheit, der Erwerb genügenden Unterhalts. Wir können Wetzel umso eher beistimmen, als auch die Gründe der neueren Entscheidungen aus der Praxis in den von ihm gezogenen Rahmen zu bringen sind. Das mögen einige Beispiele bezeugen: die Ehefrau kann wegen ihrer Krankheit dem Mann die Geschlechtsgemeinschaft verweigern, weil weitere Gefährdung der Gesundheit oder gar ihres Lebens droht[4]); aus demselben Grund hat sie ein Verweigerungsrecht bei Geschlechtskrankheit des Mannes[5]). Ebenso kann das Zusammenleben mit einer hochgradig nervenkranken Frau für den Mann so unerträglich sein, daß er die Gemeinschaft verweigern darf[6]). Ein Mißbrauch kann ferner darin liegen, daß eine für das eheliche Zusammenleben ungeeignete Wohnung bezogen werden soll[7]).

Die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft kann wieder verlangt werden, wenn die Umstände, die zur Verweigerung berechtigten, beseitigt sind. Dieser Zeitpunkt wird sich unschwer feststellen lassen, wenn z. B. Schwangerschaft, Krankheit, notwendige Entfernung aus Erwerbsgründen oder eine ungesunde Wohnung als Verweigerungsgründe anerkannt waren. In manchen Fällen aber wird es schwierig sein zu sagen, wann die Ausübung des Rechts aufgehört hat mißbräuchlich zu sein, so z. B. wenn der Mann sein Recht überschritten und die Frau mißhandelt hat, so daß sie die häusliche Gemeinschaft mit Recht verweigerte. Seinem Herstellungsverlangen wird man nur dann entsprechen müssen,

---

1) So auch Endemann a. a. O. S. 298 oben i. V. m. Anm. 29.
2) a. a. O. S. 114.
3) So auch Staudinger, Bem. 2 a zu § 1353.
4) Warneyer E 1908 Nr. 644; 1911 Nr. 381.
5) JW 1905 S. 722; 1907 S. 49, S. 178; 1914 S. 41; LZ 1923 S. 277 ff.
6) JW 1913 S. 378 ff.
7) JW 1908 S. 406 ff; Recht 1912 Nr. 3088.

wenn er sich ausdrücklich zu einer Verhaltensänderung bekennt und diese objektiv erkennbar geworden ist. Von manchen Seiten werden sogar „Beweise für seine Sinnesänderung und eine gewisse Gewähr für sein zukünftiges Verhalten" gefordert [1]). Solche Forderungen werden zwar als weitgehend abgelehnt von Staudinger [2]), der insofern Recht hat, als es oft kaum möglich sein wird, eine Verhaltensgewähr zu geben. Trotzdem müssen m. E., wie Wieruszowski es betont [3]), „strenge Anforderungen an den Nachweis eines Gesinnungswechsels gestellt werden"; denn es muß nach Möglichkeit vermieden werden, daß der Ehegatte erneut Gefahren für Leben und Gesundheit ausgesetzt wird.

Für die Entscheidung, ob ein Rechtsmißbrauch vorliegt, ist nicht allein die persönliche Auffassung des die Gemeinschaft verweigernden Ehegatten, sondern die sachliche Beurteilung des Richters maßgebend, wobei er die Umstände des einzelnen Falles eingehend berücksichtigen muß [4]).

2. Scheidungsgrund laut § 1353 Abs. 2, Satz 2.

Dem Herstellungsverlangen ist nach § 1353 Abs. 2, Satz 2 ferner dadurch eine Schranke gesetzt, daß „der andere Gatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen" [5]). Dieser Verweigerungsgrund wurde dem § 1353 hinzugefügt, als der Satz 1 des Abs. 2 schon feststand, d. h. er ist ein selbständiger Grund neben dem anderen. Obwohl diese Tatsache allgemein anerkannt ist [6]), bestehen dennoch Unklarheiten über das Verhältnis der beiden Verweigerungsgründe zu einander.

Das Oberlandesgericht Posen [7]) faßt den Satz 2 des § 1353 Abs. 2 als Sondervorschrift auf derart, daß schon bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes die Geltendmachung der Mißbrauchseinrede ausgeschlossen sei. Bei Verlust des Scheidungsrechts also, z. B. durch Fristablauf, könne man nicht einwenden, daß Herstellungsverlangen sei mißbräuchlich, weil ein Scheidungsgrund vorliege. Hier hat sich die Praxis der im Reichstag vorgetragenen Ansicht des Abgeordneten Haußmann [8]) angeschlossen, die aber als unzutreffend abgelehnt worden ist.

---

1) So von Wetzel a. a. O. S. 120; vgl. ferner die Entscheidungen Seuff. Arch. Bd. 70 Nr. 155; Warn. E 1913 Nr. 17; JW 1914 S. 360.

2) a. a. O. Anm. 2 a zu § 1353; vgl. auch Eichhorn, DJZ 1905 S. 1111 ff.; ferner Scriba a. a. O. S. 44.

3) JW 1925 S. 353.

4) So z. B. Staudinger, Bem., 2 a zu § 1353; LZ 1919.

5) Der § 1353 Abs. 2 Satz 2 gilt, wie die S. 252. Fassung des Gesetzes beweist, für alle Scheidungsgründe, auch den der Geisteskrankheit (§ 1569). So Staudinger Anm. b zu 1353; Endemann § 169 a Anm. 8; Goldmann-Lilienthal S. 61 Anm. 8; Joerges S. 107; Scriba S. 49.

6) a. M. nur Eichhorn a. a. O. S. 334, der als Gründe für die Mißbrauchseinrede nur die Scheidungsgründe gelten läßt. Ebenso auch OLGE Bd. 15, 397 ff. Das ist nicht richtig, wie die anerkannten Umstände bei Krankheit, Schwangerschaft usw. beweisen.

7) Recht 04 Nr. 1827.

8) Sten. Ber. S. 650.

Ein der vorigen Entscheidung völlig entgegengesetztes Urteil [1]) spricht dem Kläger die Berechtigung des Herstellungsverlangens ab, obwohl die Beklagte ihr Scheidungs r e c h t verloren hat. „Der Kläger treibe zwar jetzt keinen Ehebruch mehr, aber da er 16 Jahre in wilder Ehe gelebt habe, die überdies ohne seinen Willen beendet worden sei, sei in seinem Verlangen nach Herstellung der Gemeinschaft ein Mißbrauch nach § 1353 Abs. 2 Satz 1 zu erblicken".

Weil derartig widersprechende Urteile vorkommen, kann die Frage nicht außer Betracht bleiben, ob ein Verlangen nach Herstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht i m m e r mißbräuchlich ist, wenn gegen den Verlangenden ein Scheidungsgrund besteht. Ein Blick auf die §§ 1565—1569 beweist uns, daß die Frage zu bejahen ist. Dennoch ist die Bestimmung des § 1353 Abs. 2 Satz 2 nicht überflüssig; sie wurde besonders im Hinblick auf jene Fälle beigefügt, wo trotz weit zurückliegendem Scheidungsgrund noch ein Scheidungsrecht bestehen geblieben war, wo aber das Herstellungsverlangen n i c h t m e h r als mißbräuchlich angesehen werden konnte [2]). Falls z. B. ein Ehegatte von einem Ehebruch des anderen Gatten erst nach Jahren Kenntnis erhält (vgl. § 1571 Abs. 1) und daraufhin die Gemeinschaft verweigert, dürfte in dem Verlangen nach Herstellung durch den schuldigen Teil dann kein Mißbrauch mehr erblickt werden, wenn seine Verfehlung einmalig und sein Verhalten seitdem der ehelichen Gemeinschaft gemäß war. Auf den Satz 2 des § 1353 Abs. 2 kann aber der unschuldige Ehegatte seine Verweigerung stützen.

Ebenso ist es dann, wenn die Ehegatten, weil einmal vor Jahren ein Scheidungsgrund gegen einen von ihnen vorlag, die häusliche Gemeinschaft aufgehoben haben. Da dann nicht die Ausschlußfrist läuft (vgl. § 1571 Abs. 2), bleibt der andere berechtigt, auf Scheidung zu klagen und kann folglich nach § 1353 Abs. 2 Satz 2 die Gemeinschaft verweigern.

Einerseits bringt der Satz 2 des § 1353 Abs. 2 eine Erleichterung im Prozeß; nämlich dann, wenn eine Scheidigungsberechtigung des einen Teils nachweislich vorhanden ist, kann die Prüfung unterbleiben, ob die Geltendmachung des Rechts auf Herstellung sich als Mißbrauch darstellt.

Andererseits aber ist dadurch ausgeschlossen, daß Satz 2 des § 1353 Abs. 2 nicht mehr anwendbar ist [3]).

Es kann natürlich sein, daß sowohl ein Scheidungsrecht nicht mehr besteht als auch, daß die Einrede des Mißbrauchs versagt. Der Verlust des Scheidungsrechts nun ist zeitlich genau bestimmt. Anders ist es bei der Mißbrauchseinrede, für deren Bestand oder Verlust maßgebend ist, ob die betreffenden Umstände noch oder nicht mehr vorliegen [4]).

---

1) LZ 1915 S. 635.

2) RTK S. 219 ff. Vgl. auch Prot. IV S. 434 ff.

3) Weitere Beispiele dafür Recht 1907 Nr. 3317; Recht 1915 Nr. 550; OLGE Bd. 33 S. 337; Warn. E 1910 Nr. 209; 1917 Nr. 274; LZ 1923 S. 394 ff.

4) s. oben S. 37/38.

Falls ein Ehegatte nach Verlust des Scheidungsrechts wegen desselben Grundes die Einrede des Mißbrauchs vorbringt, muß also genau geprüft werden, ob das Verhalten des anderen Gatten noch zu dieser Einrede berechtigt. So ist ein Herstellungsverlangen nicht darum schon mißbräuchlich, weil der verlangende Teil irgendwann einmal einen Scheidungsgrund gegeben hat. Bei einem in der Vergangenheit liegenden Ehebruch, von dem der andere Ehegatte Kenntnis hatte, hat das Reichsgericht mit Recht entschieden[1]): „Ein jahrelang zurückliegendes ehebrecherisches Verhalten eines Gatten berechtigte den anderen nicht mehr zur Erhebung der Mißbrauchseinrede. Da er die Frist zur Erhebung der Scheidungsklage habe verstreichen lassen, sei er jetzt zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet, es sei denn, daß neue Umstände die Geltendmachung der Mißbrauchseinrede rechtfertigen".

Das Resultat ist also, daß selbst nach Verlust des Scheidungsrechts noch die eheliche Gemeinschaft verweigert werden kann, wenn das Verhalten des anderen Ehegatten, obwohl es keinen Anlaß zur Erhebung der Scheidungsklage mehr bietet, sich doch noch als Mißbrauch darstellt. Erst nach der Aenderung auch dieses Verhaltens kann der „schuldige" Ehegatte seine Rechte durchsetzen. Eine Einrede gegen sein Herstellungsverlangen ist dann wirkungslos. Es bleibt dem „unschuldigen" Gatten, an den eine Aufforderung gemäß § 1571 Abs. 2 Satz 2 gerichtet wird, falls er nicht zur Herstellung der Gemeinschaft bereit ist, nur übrig, auf Scheidung zu klagen.

Das Recht auf eine Entscheidung, welches der § 1571 Abs. 2 Satz 2 dem schuldigen Ehegatten gibt, ist eine Folge des Grundsatzes, daß Eheleute in ehelicher Gemeinschaft leben sollen. Eine Einschränkung wird zwar durch den § 1353 Abs. 2 gesetzlich anerkannt, sie soll aber nur vorübergehend sein, ist nur als Ausnahme gedacht[2]). Darum ist selbst dem einstmals schuldigen Gatten das Recht gegeben, nach bestimmter Dauer (vgl. § 1571 Abs. 1 und 2) die Aufhebung des Zwischenzustandes zu fordern. Der sich um die Aufforderung nicht kümmernde Ehegatte würde seinerseits nach Verlust des Scheidungsrechts seine Pflichten aus § 1353 Abs. 1 verletzen, so daß damit gegen ihn ein Scheidungsgrund aus § 1567 oder § 1568 entstehen könnte.

3. Die Klage auf Duldung der Gemeinschaftsverweigerung.

Der gemäß § 1353 Abs. 2 weigerungsberechtigte Gatte kann auch seinerseits Klage erheben. Er braucht also nicht abzuwarten, daß der

---

1) RGE Bd. 103 S. 346 ff.

2) Selbst die „Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft", die das Gesetz (vgl. § 1575) anstelle der Scheidung zugelassen hat und die der Trennung von Tisch und Bett des kanonischen Rechts ähnlich ist, kann jederzeit durch die Scheidung ersetzt werden (vgl. § 1576 BGB). Auch diese Bestimmung folgt aus der Regel des deutschen Rechts: wenn eine Lebensgemeinschaft nicht gewollt wird, soll auch die Ehe nicht fortgesetzt werden.

andere Gatte das Gericht anruft, um ihm dann mit seiner Einwendung zu begegnen. Falls sein Verlangen sich auf die Unterlassung des Mißbrauchs richtet, wünscht er Herstellung der Gemeinschaft. Er muß also die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erheben.

Nun kann es aber auch sein, daß der die Gemeinschaft mit Recht verweigernde Gatte nicht auf Herstellung zu klagen gewillt ist, wohl aber durch gerichtliches Urteil bestätigt haben möchte, daß er mit Recht von dem anderen Gatten getrennt lebt. Eine solche Klage auf „Duldung der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft", die befürwortet wird von Wetzel[1]), dürfte zuzulassen sein, aber wie Staudinger sagt[2]), nur bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 256 ZPO. Diese sog. Feststellungsklage gehört nicht zu den in § 606 ZPO aufgezählten Ehesachen, es findet also das gewöhnliche Verfahren statt. Es kann nun Zweifeln unterliegen, ob die Verletzung von persönlichen Ehepflichten überhaupt Gegenstand einer gewöhnlichen Zivilklage sein kann; denn der § 606 ZPO will die „Ehesachen" vollständig aufzählen. Als Grund, diese bestimmten Rechtsbehelfe ausschließlich zur Verfügung zu stehen, läßt sich anführen, daß der Rechtsordnung unklare Verhältnisse nicht wünschenswert sind. Infolgedessen verleiht das Gesetz einen gerichtlichen Schutz grundsätzlich[3]) nur zur Herstellung des ehelichen Lebens oder zur Scheidung der Ehe. Das Gesetz läßt andererseits aber selber ein Getrenntleben der Ehegatten zu[4]). Wenn es auch dadurch nur einer Notwendigkeit folgt, die es lieber vermieden wissen will[5]), so entspringt doch aus der Zulassung dieses Zwischenzustandes auch das Bedürfnis nach weiteren Rechtsbehelfen als den im § 606 ZPO genannten[6]). Ein Widerspruch mit dem Gesetz wird durch ihre Anerkennung nicht gegeben, da es hier des besonderen Verfahrens garnicht bedarf. Dieses soll gerade für die in § 606 genannten Klagen Anwendung finden und nur für sie; z. B. soll Zwang bei der Herstellungsklage ausgeschlossen sein, da ein solcher dem Wesen der Ehe widerstreitet.

4. Die einstweilige Verfügung (§ 627 ZPO).

Ferner ist ein Grund zur Gemeinschaftsverweigerung gegeben, wenn „das Getrenntleben der Ehegatten während der Dauer eines Ehescheidungs-, Nichtigkeits- oder Anfechtungprozesses durch einstweilige Verfügung gestattet ist" (§ 627 ZPO). Der Erlaß solcher einstweiligen Verfügung muß von einem der Ehegatten bei dem Prozeßgericht beantragt werden.

---

1) a. a. O. S. 135 f.

2) a. a. O. Bem. 4 zu § 1353.

3) Aber auch gerichtliche Aufhebung der Gemeinschaft ist möglich (§ 1575); jedoch sind die Wirkungen fast ausnahmslos wie bei der Scheidung.

4) z. B. § 1353 Abs. 2 usw.

5) So Joerges a. a. O. S. 117.

6) Als Folge können auch vermögensrechtliche Ansprüche gerichtlich geltend gemacht werden s. u.

§ 6. Enthält der § 1353 zwingendes Recht oder sind gegenteilige Vereinbarungen rechtswirksam?

Durch die Darstellung der Grenzen des Herstellungsverlangens ist die Frage nahegelegt, ob die Vorschriften des § 1353 vertraglich ausgeschlossen oder abgeändert werden können, oder ob sie zwingendes Recht enthalten, das trotz abweichender Parteibestimmung Anwendung findet. Eine völlige Aufhebung der Rechte durch Vertrag wird allgemein als unzulässig angesehen, meistens mit der Begründung, der § 1353 sei eine Norm zwingenden Rechts [1]). Unter Beibehaltung dieser Meinung wollen aber einige Schriftsteller vertragliche Einschränkungen der Rechte in sachlicher und zeitlicher Hinsicht zulassen [2]).

Am weitesten geht Breslauer [3]), der, sichtlich beeinflußt von Endemann [4]), selbst Verträgen auf dauernde Aufhebung des Gemeinschaftsverhältnisses rechtliche Wirksamkeit zuspricht, wenn sie nach dem Willen der Parteien Geltung haben sollen, solange res sic stabunt. Breslauer meint, das Verhältnis zweier Menschen sei niemals so hoffnungslos, daß nicht mit einer Wendung zum Besseren gerechnet werden könne. Deshalb trügen alle Verträge unter Ehegatten die clausula rebus sic stantibus in sich. Die Beweisführung Breslauers beruht jedoch auf recht unsicheren Voraussetzungen. Erstens wird es viele Ehen geben, wo eine Besserung der Beziehungen so gut wie ausgeschlossen ist. Da könnte denn also der von vornherein weniger feindliche Ehegatte, der in der Hoffnung auf eine spätere Aussöhnung sich von dem anderen vertraglich getrennt hat, weder die Herstellungs- noch die Scheidungsklage erheben, wenn die Lage sich nicht ändern würde. Er hätte somit nicht einmal das Recht, das selbst die Ehegatten besitzen, die auf Grund eines gerichtlichen Aufhebungsurteils getrennt leben; denn sie können gemäß § 1576 die Scheidung beantragen.

Sodann werden derartige Verträge nicht nur, wie Breslauer meint, geschlossen, wenn schon eine Lockerung des ehelichen Bandes erfolgt ist, sondern ebensowohl vor oder bei Schließung der Ehe. Wollte man diesen Verträgen rechtliche Wirksamkeit zusprechen, so würde das Institut der Ehe in vielen Fällen als Deckmantel für die Erreichung aller möglichen Ziele benutzt, eine Sachlage, die aus rechtspolitischen Gründen abzulehnen wäre.

---

1) So v. Tuhr Bd. I S. 27; Wieruszowski a. a. O. S. 2; Cosack a. a. O. Bd. II S. 128; Planck Vorbem. 3 zum 5. Titel; Staudinger a. a. O. Bem. 6 zu § 1353; Wolff, a. a. O. S. 101; Endemann a. a. O. S. 290; Hörle a. a. O. S. 167 f.; Joerges a. a. O. S. 31 ff.; Scriba a. a. O. S. 50.

2) So Staudinger Bem. 6 zu § 1353; Hörle S. 168, 169; bes. ausführlich Breslauer a. a. O. S. 32 ff.

3) a. a. O. S. 34.

4) Endemann hält aber offenbar Verträge nur für zulässig über einzelne Vorschriften des 5. Titel, nicht aber über die grundlegende Bestimmung des § 1353.

In der Entstehungsgeschichte des Gesetzes [1]) ist auf die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung der ehelichen Pflichten hingewiesen. Indem man den § 1353 als leitenden Grundsatz aufstellte, hat man auf ins einzelne gehende Bestimmungen verzichtet und somit den herrschenden Anschauungen Rechnung getragen. Rechtliche Folge der Eheschließung ist danach die eheliche Lebensgemeinschaft. Wie sie zu gestalten ist, welchen Inhalt sie im einzelnen hat, das hängt, wie oben schon gesagt wurde, von den betreffenden Ehegatten ab. Aber die freie Gestaltung darf sich nur innerhalb dessen bewegen, was allgemein als zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehörend angesehen wird. Die Wesensmerkmale der ehelichen Lebensgemeinschaft, die wir im Gesetz gefunden haben, sind sämtlich dieselben, die das allgemeine Sittlichkeitsbewußtsein als solche anerkennt. Sie vertraglich auszuschließen, würde somit dem § 138 zuwiderlaufen. Damit dürfte das Zwingende in der Vorschrift des § 1353 bewiesen sein.

M. E. sind die Gründe, die nach dem § 1353 Abs. 2 zur Gemeinschaftsverweigerung berechtigen, als ausschließliche des materiellen Rechts anzusehen. Dabei ist zu beachten, daß ein Verlangen nach Herstellung der Gemeinschaft nicht darum schon mißbräuchlich sein kann, weil es eine Vereinbarung außer Acht läßt, wonach die Ehegatten auf das Recht zur Lebensgemeinschaft verzichtet haben. Ein Vertrag allein berechtigt niemals zur Verweigerung der Gemeinschaft, es ist immer nach seiner materialen Grundlage zu fragen. Diese nur ist für den Richter maßgebend, wenn zu entscheiden ist, ob eine Gemeinschaftsverweigerung zu Recht besteht oder nicht. Auf sie allein ist auch Rücksicht genommen in den von unseren Gegnern angeführten Beispielen [2]).

B) Die Organisation der ehelichen Lebensgemeinschaft.

§ 7. **Allgemeines.**

In dem § 1353 BGB, der den Inhalt der durch die Eheschließung sich ergebenden Pflichten zum Gegenstand hat, hat die Gleichstellung von Mann und Frau in der Ehe ihren rechtlichen Ausdruck gefunden. Zur Durchführung der Pflichten ist gemäß den im Nachstehenden zu behandelnden Bestimmungen eine Organisation gegeben worden, für die der Grundsatz der Gleichberechtigung fallen gelassen ist. Dem Manne ist hier eine Sonderstellung eingeräumt, die sich nicht etwa zeigt in der Zuweisung besonderer Aufgabenkreise an die einzelnen Ehegatten, nicht z. B. im § 1356: „Die Frau ist berechtigt und verpflichtet, das gemeinsame Hauswesen zu leiten". Denn Bestimmungen solcher Art gehen aus von der Verschiedenheit der Geschlechter, in ihnen sind

1) Vgl. Mot. II S. 104/5; Zusammenstellung der Gutachten zum BGB S. 62 ff.

2) Vgl. Hörle und die dort Angeführten: OLGE 1 S. 253 OLG 7 S. 459; JW 1900 S. 778; 1901 S. 781. Ferner JW 1901 S. 185; RGE Bd. 61 S. 50. Für unsere Ansicht auch RGRK Bem. 2 zu § 1353. RGE Bd. 109 S. 140.

den Eheleuten diejenigen Betätigungen vorgeschrieben, die ihnen nach allgemeiner Anschauung ohnehin zustehen würden.

Aber die Sonderstellung des Mannes ergibt sich sowohl aus den §§ 10 und 1355 BGB [1]), wonach die Frau den Wohnsitz des Mannes teilt und seinen Namen führen muß, als besonders aus den ihm verliehenen Machtbefugnissen, die enthalten sind in den §§ 1354, 1356 [2]), 1357 Abs. 2, 1358. In den §§ 10 und 1355 ist zwar auch der Grundgedanke, daß der Mann das Haupt der Familie sei; aber es handelt sich bei ihnen nicht um eine Ueberordnung im engeren und eigentlichen Sinne wie bei den letztgenannten Bestimmungen, wonach eine Willensäußerung des Mannes grundsätzlich maßgebend ist, da er das Entscheidungsrecht hat in allen das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten.

Eine gesetzliche Regelung im Hinblick auf Meinungsverschiedenheiten ist aus dem Grunde erfolgt, weil es sich um eine Personenmehrheit handelt, die nur aus zwei Mitgliedern besteht, so daß bei Auseinandersetzungen niemals eine Stimmenmehrheit entscheiden kann. Indem man nun den Willen eines Ehegatten für ausschlaggebend erklärte, hat man, wie es wenigstens scheinen mag, eine Erleichterung geschaffen für die Behandlung der Eheangelegenheiten. Aber ebensowohl hätte man den Ehegatten die Möglichkeit geben können, die Ordnung ihrer Gemeinschaft vertraglich zu regeln, wie es den Gesellschaftern hinsichtlich der Geschäftsführung freisteht [3]). Ein Antrag, der die Anerkennung der Gleichberechtigung beider Gatten forderte, ist auch sowohl in der Reichstagskommission als im Reichstage gestellt, aber abgelehnt worden [4]). Die Ueberordnung des Mannes wird allgemein gerechtfertigt aus der geschichtlichen Entwicklung. Wir haben oben einen geschichtlichen Ueberblick gegeben und können uns somit hier begnügen auf die manus des römischen und die munt des deutschen Rechts hinzuweisen, und zwar besonders auf die letztere, da gerade die Einrichtungen des persönlichen Eherechts vorwiegend deutschrechtlichen Ursprungs sind. Die dem Mann nach heutigem Recht eingeräumte Vormachtstellung ist ein Rest der früheren eheherrlichen Vormundschaft, aber auch nicht mehr; denn die Frau bleibt rechts- und auch geschäftsfähig [5]) [6]).

Wenn somit in der Stellung der Ehegatten untereinander eine fortschreitende Linie festzustellen ist derart, daß die reine Machtstellung des Mannes eine Abschwächung erfahren hat, so genügt doch für die

1) Es sei hier noch besonders bemerkt, daß in der vorliegenden Arbeit nur Bestimmungen des BGB, nicht auch anderer Gesetze, zugrunde gelegt werden.

2) Hinweis auf den § 1354 durch „. . . unbeschadet der Vorschriften des § 1354 . .“.

3) Vgl. § 709 Abs. 2 BGB.

4) RTK S. 220 ff.; Sten. Ber. S. 535 ff.

5) Vgl. Fr. Leonhard Lehrb. S. 154.

6) Auch Cosack, der früher (vgl. 6. Aufl. § 318 II 1 e) behauptete, der Mann sei durch die Regeln des BGB zum Vormund über seine Frau bestellt, vertritt diesen allseits angegriffenen Standpunkt in der neusten Auflage seines Lehrbuches (§ 44 II) nicht mehr.

Rechtfertigung dieser Restmacht nicht die Tatsache, daß ihre Wurzel im früheren Recht liegt. Sie genügt nicht gegenüber der neueren Entwicklung; denn schon beim Zustandekommen des Gesetzes waren die Verhältnisse von denen früherer Zeit so verschieden, da für die Frau nunmehr dieselben Wege der Ausbildung und des Erwerbes gangbar waren wie für den Mann, daß man dieser Aenderung in weit größerem Maße hätte Rechnung tragen müssen[1]). Dieses ist heute umsomehr zu fordern, da während des fast 30 jährigen Bestehens des BGB die Stellung der Frau nach der Seite der Selbständigkeit und Verantwortlichkeit hin bedeutend verstärkt worden ist, so besonders durch ihre Teilnahme an den öffentlichen Wahlen und ferner durch die erhöhte Möglichkeit, sich auf diejenigen Berufe vorzubereiten und sie auszuüben, die früher allein dem Mann offen standen. Pappenheim sagt treffend[2]): „Die Rechtsordnung gestattet der verheirateten Frau, bei der Schaffung und Handhabung der Gesetze das Wort zu führen, behandelt sie aber im Bereiche ihres Hauses nahezu als unmündig. Dieser Zwiespalt kann nicht von Dauer sein". Als Beispiel für die mögliche Lösung des Problems führt Pappenheim die neuen skandinavischen Ehegesetze an, in denen das Prinzip der Gleichberechtigung und Gegenseitigkeit auch in der Organisation der Lebensgemeinschaft seinen rechtlichen Ausdruck gefunden hat, sodaß die Uebermachtstellung des Mannes völlig beseitigt ist.

Der Mann kann nach dem BGB nun nicht unbedingt von seinem stärkeren Recht Gebrauch machen. Ebenso wie der beiderseitigen Rechtsausübung nach § 1353 Schranken gesetzt sind, ist hier demjenigen, der die schwächere Stellung hat, ein Schutz verliehen. Die Folgepflicht der Frau besteht nicht, wenn ein Rechtsmißbrauch des Mannes vorliegt (§§ 1354 Abs. 2, 1356, 1357, 1358).

Die verstärkte Rechtsstellung des Mannes wird als beseitigt angesehen von Kröger[3]) und zwar deshalb, weil sie auf Reichsrechtsnormen beruhe, die mit der Reichsverfassung nicht in Einklang stünden; derartige Normen seien durch Art. 178 Abs. 2 RV außer Kraft gesetzt. Die den hier in Rede stehenden Bestimmungen des BGB widersprechende Norm sei Satz 2 des Art. 119 Abs. 1 der RV: „Die Ehe beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter". Durch diesen Satz, meint Kröger, sei das Eherecht eingreifend umgestaltet. Kröger gibt den im zweiten Hauptteil der RV behandelten „Grundrechten der Deutschen" eine so einheitliche Deutung, wie sie ihnen keineswegs zukommt. Er unterläßt es zu unterscheiden zwischen Rechtssätzen, denen sofortige Wirksamkeit zukommt, die also auch in Verbindung mit Art. 178 Abs. 2 ältere Gesetze aufheben und bloßen Rechts*grund*sätzen,

---

1) Vgl. auch Wolff § 31 I 2; Endemann S. 291.
2) Arch. f. Rechts- und Wirtschaftsphil. Bd. 13 S. 178.
3) DJZ 1922 S. 601 ff.

die lediglich Richtlinien für zu gebende Gesetze enthalten. Beide finden sich im zweiten Hauptteil der RV, und es können oft Zweifel bestehen, welcher von beiden Arten eine Bestimmung angehört. Eindeutig ist dieses z. B. in den Artikeln 109 Abs. 3 Satz 1 und 121. Der Art. 119 Abs. 1 Satz 2 besitzt zwar diese Eindeutigkeit nicht; aber sein Inhalt ist zu allgemein gehalten, als daß er nicht einer genaueren Festsetzung durch ein Gesetz bedürfte.

Eine Unterstützung dieser Meinung bietet die Entstehungsgeschichte der RV, die in Bezug auf den Art. 119 Abs. 1 Satz 2 kurz wiedergegeben ist von Kipp [1]). Aus ihr ergibt sich, daß weder diejenigen, die die Aufnahme des Satzes beantragt haben, noch ihre Gegner der Ansicht waren, damit eine unmittelbare Aenderung der Vorschriften des BGB zu bewirken. Es war nur beabsichtigt, eine verfassungsmäßige Sicherung des Grundsatzes der Gleichberechtigung in der Ehe zu bekommen für die künftige Neugestaltung des Familienrechts.

Dieser Standpunkt, daß der Satz 2 Abs. 1 Art. 119 RV nur einen Wegweiser für die Gesetzgebung darstellt, wird in der Literatur allgemein vertreten [2]). Die Auffassung Krögers kann man also wohl mit Recht als verfehlt betrachten.

§ 8. Die Namensführung der Frau nach § 1355 BGB.

„Die Frau erhält den Familiennamen des Mannes". Damit ist gesagt, daß die Frau von der Eheschließung an berechtigt und verpflichtet ist, den Familiennamen des Mannes zu führen. Der neue Familienzusammenhang wird so nach außen hin kund getan.

„Daß dabei der Familienname des Mannes Verwendung findet, ist eine Folge der patriarchalen Entwicklung unseres Familienrechts" [3]).

Die Motive [4]) betonen, „es sei eine natürliche Folge der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeutung der ehelichen Gemeinschaft, daß beide Ehegatten denselben Familiennamen führen." Diese allgemein anerkannte Auffassung wird angegriffen von Marianne Weber [5]), die behauptet, „die Einheit der Ehegatten sei ein im Laufe der Ehe zu verwirklichendes Ideal, eine Aufgabe; man dürfe sie deshalb nicht zum Ausgangspunkt des Eherechts machen. Dieses zu tun sei ein logischer und psychologischer Fehler" [6]).

---

1) DJZ 1922 S. 682 ff.

2) So z. B. Anschütz a. a. O. Vorbem. zum II. Hauptteil Bem. 1 und 2 zu Art. 119. Stier-Somlo a. a. O. S. 304, 306 f., mit ausdrücklicher Ablehnung der Krögerschen Ansicht. Glaser a. a. O. S. 148. — Vgl. die Widerlegung Krögers bei Kipp, DJZ 1922 S. 682 f.

3) Vgl. Opet, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 339.

4) Mot. IV S. 106.

5) a. a. O. S. 420.

6) Es muß bemerkt werden, daß es M. Weber nicht nur darum zu tun ist, die Frau in der Rechtsentwicklung einfach darzustellen, sondern auch eine Kritik an dem bestehenden Recht zu geben, um da, wo es ihr verbesserungsbedürftig erscheint, die Wege zu zeigen, die bei einer Reform des Eherechts vielleicht zu begehen wären.

M. E. ist es jedoch psychologisch durchaus gerechtfertigt, wenn der Frau durch das Gesetz vom Augenblick der Eheschließung an [1]) der Name des Mannes gegeben wird. Jene Einheit allerdings, die die gemeinsame Namensführung voll rechtfertigen würde, ist beim Eingehen der Ehe noch nicht vorhanden; sie ist eine ganz andere, viel losere, als sie es nach jahrelangem ehelichen Zusammenleben normalerweise sein kann. M. Weber hat darin also ganz recht, daß eine solche Einheit erst allmählich verwirklicht werden kann. Aber andererseits ist bei dem Akt der Eheschließung schon mehr vorhanden als nur das Ideal der Einheit. Die Ehe wird ja nicht für die Beteiligten unerwartet geschlossen, es geht ihr eine Zeit des gegenseitigen Kennenlernens, in der Regel eine Verlobungszeit, voraus. Die hierauf vor dem Standesbeamten abgegeben Erklärungen, die Ehe miteinander eingehen zu wollen, bieten eine gewisse Gewähr dafür, daß die augenblickliche innere Uebereinstimmung von Dauer sein werde. Beide Ehegatten geben wenigstens ihren Willen zu einer Einheit kund. Wenn da das Recht einen Schritt weitergeht und etwas, was in seiner Gänze noch nicht eingetreten ist, vorwegnimmt, so geht es doch von ganz richtigen psychologischen Voraussetzungen aus.

Ist aber einmal diese Einheit angenommen, einerlei ob wirklich vorhanden oder fingiert, dann kann man es nicht mehr als Verstoß gegen die Regeln der Logik bezeichnen, wenn sie als Grundlage für die Namensführung benutzt wird.

Der § 1355 hat nicht nur die Bedeutung eines reinen Gemeinschaftsrechtes, wie die anderen Vorschriften, die eine Folge der Ehegemeinschaft sind. Sie haben allein gegenseitige Rechte und Pflichten der Ehegatten zum Inhalt, wohingegen der § 1355 in erster Linie bedeutungsvoll ist für den Namens*erwerb*. Jeder Name, einerlei auf welchen Rechtsgründen sein Erwerb beruht, genießt den Schutz des § 12 BGB.

In Hinsicht auf den § 1355 ist also zu unterscheiden 1. das auf ihm beruhende allwirksame oder absolute Namensrecht der Frau, das von jedermann verletzt werden kann, ohne daß jedoch eine gegen die Frau zu richtende Forderung auf Führung des Namens vorhanden wäre [2]) von 2. dem Recht mit entsprechender Pflicht gegenüber dem Manne.

Gegen *jeden*, der das Namensrecht der Frau im Sinne des § 12 verletzt, kann die Frau gerichtlich vorgehen; folglich kann auch der Ehemann als ihr Klagegegner — und zwar in einer gewöhnlichen Zivilklage — in Frage kommen [3]). Diese Meinung ist jedoch bestritten

---

1) Die Heiratsurkunde muß von der Frau mit dem Familiennamen des Mannes unterschrieben werden, da die Beurkundung nicht Bestandteil der Eheschließung ist. Vielmehr wird die bereits erfolgte Eheschließung beurkundet. Vgl. Staudinger a. a. O. Bem. 3 z. § 1318.

2) Es besteht keine *allgemeine* Namensführungspflicht gegen alle Menschen, sondern nur gegen den Staat lt. § 360 Ziff. 8 StGB.

3) So auch Staudinger, Allgem. Teil zu § 12 IV 3 B zu A 3; JW 1921, S. 1355 Nr. 1 RGE, Bd. 108, S. 230 ff. Staudingdr, Familienrecht zu § 1355 Ziff. 2.

von Gauß[1]), der unter Ehegatten nur die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig hält, da sie bereitgestellt sei für den Fall der Verletzung solcher Rechtspflichten, die eine Folge der Ehegemeinschaft seien. Gauß macht zwar auf Grund des § 1355 dieselbe Unterscheidung wie wir; aber er zieht nicht die gleichen Folgerungen. Auch nach seiner Auffassung hat die Ehefrau den Unterlassungsanspruch bei Namensverletzung gegen den Ehemann. Dieser Anspruch sei aber wegen der ehegemeinschaftlichen Beziehung von so anderer Beschaffenheit als der allgemeine des § 12, daß er allein mit der Herstellungsklage verfolgbar sei.

Es ist richtig, daß die gemeinsame Namensführung Folge und Ausdruck der ehelichen Gemeinschaft ist; aber andererseits bleibt sie bestehen sowohl nach Aufhebung der Gemeinschaft als selbst nach der Scheidung[2]). Gerade das letzte Beispiel beweist das Sinnwidrige der Gaußschen Folgerung; denn anders kann man es kaum bezeichnen, wenn einer geschiedenen Frau wegen einer Namensverletzung durch ihren früheren Gatten kein anderes Mittel an die Hand gegeben wäre als auf „Herstellung des ehelichen Lebens" zu klagen. Allerdings muß der Klageantrag auf eine bestimmte Leistung oder Unterlassung gerichtet sein, aber der Sinn und Grund dieser Klage ist die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß die Herstellungsklage oft dazu benutzt wird, einen Scheidungsgrund zu erlangen, so z. B. im Falle des § 1567 Nr. 1. Hier hat der die Herstellung begehrende Teil oft nicht die Absicht, wieder in ehelicher Gemeinschaft zu leben; aber in der Klageerhebung kann doch die Absicht erblickt werden, während bei einer Klage unter geschiedenen Ehegatten die Nichternstlichkeit des Verlangens von vornherein klar ist. Was ferner das Verfahren betrifft, so sind nach Scheidung einer Ehe alle die Gründe, die zur Einführung einer besonderen Verfahrensart in Ehestreitigkeiten geführt haben, weggefallen. Die Mitwirkung des Staates gilt hier nicht der Aufrechterhaltung der Ehe, sondern dem Schutz des Namens. Hier ist deshalb sowohl der Sühneversuch als auch die Einschränkung der Verhandlungsmaxime erläßlich.

Die Herstellungsklage kann also keineswegs, wie Gauß meint, der einzige Weg für die Frau sein, um gegen den Mann bei einer Namensverletzung vorzugehen. Eher könnte man das Gegenteil behaupten, daß auch zwischen Ehegatten nur die allgemeine Unterlassungsklage anwendbar sei. Denn die Vollstreckung, deren das auf sie erfolgende Urteil fähig ist, kann hier unbedenklich zugelassen werden. Die Gründe, die zu dem Ausschluß der Zwangsvollstreckung bei dem Urteil auf Herstellung des ehelichen Lebens geführt haben, liegen hier nicht vor, da eine zwangsweise durchgeführte Unterlassung der Namens-

1) a. a. O., S. 40.

2) Anders nur, wenn die Frau allein für schuldig erklärt ist. Dann kann der Mann ihr die Führung seines Namens untersagen gemäß § 1577 Abs. 3 BGB und gegebenenfalls auf Unterlassung klagen.

verletzung nicht dem Wesen der Ehe widerspricht. Die Ansicht, daß hier nur die einfache Zivilklage in Frage komme, ist auch in der Wissenschaft vertreten worden und zwar von Wetzel [1]) früher auch von Seuffert [2]). Aber es ist Wetzel doch nicht beizupflichten darin, daß die gemeinsame Namensführung mit der ehelichen Gemeinschaft garnichts zu tun habe.

Das Bestehen der ehelichen Gemeinschaft ist gerade der Boden für die Namenseinheit [3]). Daß das Gesetz diese innere Grundlage der gemeinsamen Namensführung bei der Eheschließung als etwas schon Vorhandenes behandelt, läßt sich folgendermaßen begründen: die Notwendigkeit einer einheitlichen Regelung, die man als bestehend ansah bezüglich der allgemeinen Wirkungen der Ehe, war umsomehr für die Namensführung der Ehefrau vorhanden, da der gemeinsame Name nicht nur für das Verhältnis der Gatten untereinander, sondern besonders für den Rechtsverkehr von Wichtigkeit ist, vor allen Dingen da, wo die Frau, die Inhaberin der Schlüsselgewalt ist (§ 1357 BGB), als Vertreterin des Mannes auftritt. Gerade durch diese und ähnliche Vorschriften erhält die Namenseinheit der Ehegatten ihre praktische Bedeutung. In Sowjet-Rußland, wo solche Bestimmungen fehlen [4]), kann man daher die Namensführung dem Belieben der Ehegatten überlassen, sodaß dort gemeinsame Beilegung eines der Geburtsnamen angängig ist oder auch Weiterführung des bisherigen Namens.

Weil also der gemeinsame Name so eng mit der ehelichen Gemeinschaft verknüpft ist, läßt sich auch die Meinung nicht halten, daß nur die gewöhnliche Zivilklage bei Verletzung des Namensrechts unter Ehegatten anwendbar sei.

Man sieht in der gemeinsamen Namensführung ja noch mehr als eine Folge der Gemeinschaft, sie ist ein Teil des ehelichen Lebens selbst, soweit dieses nach außen hin in die Erscheinung tritt. Daher gilt für die Namensgemeinschaft auch die allgemeine Vorschrift des § 1353; d. h. die Frau ist nicht nur berechtigt, den Familiennamen des Mannes zu führen, sondern sie ist ihm nach § 1353 auch dazu verpflichtet. Der Mann hat demgemäß das Recht, die Führung seines Familiennamens von der Frau zu fordern und die Pflicht, sie in der Ausübung ihres Rechts nicht zu beeinträchtigen. Die gerichtliche Geltendmachung erfolgt durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.

Nach dem Grundsatz der Gleichberechtigung müßte man der Frau nun auch gemäß § 1353 ein Klagerecht zuerkennen gegen den Mann auf Führung seines Familiennamens. Es steht keine gesetzliche Vor-

---

1) a. a. O., S. 78 f.

2) DZPO für das Dtsch. Reich, 8. Aufl. S. 182.

3) Wenn man die letztere mit der Aufhebung der Gemeinschaft oder Scheidung nicht aufhören läßt, so hat das seinen Grund vornehmlich darin, daß auch die Kinder den Familiennamen des Vaters tragen. So bleibt die Zugehörigkeit zur Mutter auch nach außen hin bestehen.

4) Vgl. ZGB der RSFSR.

schrift, auch nicht der § 1355, dem entgegen. Doch findet sich nirgends in der Wissenschaft eine derartige Annahme vertreten. Man wird aber sagen können, wenn man einmal das Recht der Frau, den Familiennamen des Mannes zu führen, in die Klasse der Gemeinschaftsrechte einreiht, in dem Sinne, daß die Nichtführung des gemeinsamen Namens eine Verletzung der Verpflichtung zum ehelichen Zusammenleben darstellt, dann verletzt der Mann nicht nur die Gemeinschaftspflicht, wenn er die Frau an der Führung seines Namens hindert, sondern auch, wenn er selbst den eigenen, also nunmehr gemeinsamen, Namen nicht führt. Falls er sich z. B. einen anderen Namen beilegt und dadurch die Frau in eine unangenehme, vielleicht ihre Stellung erschütternde Lage bringt, verletzt er ein eheliches Gemeinschaftsrecht. Daraus folgt, daß auch der Frau die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens zustehen muß.

Eine Herstellungklage allein wegen Verletzuug des Namensrechts kommt unter Ehegatten sehr selten vor. In der Regel wird aus anderen Gründen die Herstellungsklage erhoben, sodaß die Namensverletzung nur ergänzend in Betracht kommt.

Wenn aber nur der Namensschutz begehrt wird, nicht auch gleichzeitig die Regelung eines ehelichen Streits, kann die Ehefrau ebenso mit der gewöhnlichen Zivilklage gegen den Mann vorgehen wie er gegen sie [1]); denn dann bedarf es nicht der Sicherungen des Eheverfahrens, da zur Erforschung der objektiven Sachlage, was das Ehegattenverhältnis betrifft, nur die Feststellung gehört, daß die Parteien Eheleute sind.

Weder durch den § 1355 noch durch den § 1353 ist es ausgeschlossen, daß die Frau ihren Mädchennamen dem gemeinsamen Namen mit einem Zusatz, z. B. geb. X., beifügt. Solche Beifügung widerspricht auch nicht jenem Zweck des § 1355, der in der Verlautbarung des neuen Familienzusammenhanges besteht. Sie ist sowohl bei der tatsächlichen Namensführung der Frau zulässig als auch in den Fällen, wo sie rechtlich von ihrem Namen Gebrauch macht.

Anders ist es jedoch, wenn die Frau ihren Mädchennamen nur mit einem Verbindungsstrich dem Familiennamen des Mannes beifügt. Bei Führung des Namens im Rechtssinne kommt es darauf an, ob diese Beifügung als Namensänderung aufzufassen ist [2]). Aber wie ist es bei dem tatsächlichen Namensgebrauch? Hat der Mann in einem solchen Falle ein Verbietungsrecht gegen die Frau? In der Entstehungsgeschichte des BGB finden sich schon Erörterungen über diesen Gegenstand [3]). Der in der Reichstagskommission gestellte Antrag:

1) So auch Staudinger zu § 12 u. § 1355; JW 1924; Hörle, a. a. O. S. 125.

2) Da die Namensänderung landesgesetzlich geregelt ist (vgl. Staudinger, Allgem. Teil S. 115) und somit eine einheitliche Bestimmung fehlt, läßt sich allgemein darüber nichts sagen. Ein Eingehen darauf ist auch erläßlich, weil es sich um Vorschriften öffentlichen Rechts handelt. Selbst wenn auf Grund dieser Vorschriften eine Namensänderung bejaht werden müßte, so hätte der Mann deswegen allein noch kein Klagerecht gegen die Frau auf Unterlassung.

3) Vgl. Mugdan a. a. O. S. 1215 I.

„Sie ist jedoch berechtigt, ihren Familienamen hinzuzufügen", wurde abgelehnt. Die eheliche Gemeinschaft soll grundsätzlich eindeutig nach außen hin in die Erscheinung treten. Daher wollte man nicht, daß der Name des Mannes und der Name der Frau ein verschiedener wäre. Man sah es deshalb als bedenklich an, der Frau ein Recht auf die Mitführung ihres Familiennamens zu geben. Sie wäre ja auch durch den § 1355 in keiner Weise gehindert, neben ihrem Namen im Rechtssinne für gewisse Fälle z. B. einen Künstlerinnen- oder Schriftstellerinnennamen zu führen. Es müsse aber immer ein berechtigter Grund für die Beibehaltung eines solchen Namens vorliegen, anderenfalls könne der Mann ihr mit einem Verbot entgegentreten.

Diese Auffassung entspricht dem Resultat, das wir aus der Fassung des Gesetzes bezüglich der tatsächlichen Namensführung gewinnen. Was für die Beibehaltung des Mädchennamens gilt, ob alleine geführt oder hinzugefügt, ist auch maßgebend für die Neuannahme. Ferner kann man den Grundsatz auf die Führung eines Decknamens anwenden. Es muß der Frau aber immer ein rechtlich beachtenswerter Grund zur Seite stehen, z. B. daß sie unter jenem Namen beruflich bekannt ist und ihren Beruf weiter ausübt, oder daß sie ein Interesse daran hat, beruflich einen anderen Namen zu führen als den im Privatleben. Wollte der Mann in einem derartigen Fall gegen sie Klage erheben, so würde er sein Recht mißbrauchen [1]). Die Einrede des Rechtsmißbrauchs steht der Frau zu, trotzdem eine ausdrückliche Bestimmung darüber in § 1355 fehlt. Wir können diese Folgerung deshalb ziehen, weil die Pflicht zur Namensführung eine Gemeinschaftspflicht darstellt, für die die Grundsätze des § 1353 gelten, der die Grundlage aller Einzelbestimmungen ist. Außerdem „genießen die sich aus der Eheschließung ergebenden Rechte ganz allgemein nur insoweit den Schutz des Gesetzes, als sie nicht mißbraucht werden" [2]).

Auch Verträge zwischen den Ehegatten sind nur unter demselben Gesichtspunkt rechtswirksam. Falls geschlossen mit Rücksicht auf ein erhebliches, vom Recht anzuerkennendes Interesse der Frau, haben sie solange Gültigkeit, als ihre Voraussetzungen vorliegen. Hier also ist auch auf die dem Vertrag zugrundeliegenden Umstände zurückzugreifen [3]).

Die früher bestrittene Frage, ob die nichtadelige Frau durch die Eheschließung mit einem adeligen Mann den Adel des Mannes erhalte, ist durch die RV vom 11. August 1919 erledigt worden. Dort heißt es in Art. 109 Abs. 3: „Adelsbezeichnungen gelten als Teil des Namens . .". Mit diesem Satz ist unmittelbar geltendes Recht ge-

---

1) Vgl. Planck Bem. 1 a zu § 1355; Dernburg a. a. O. § 32 IV; Staudinger, Familienrecht Bem. 3 zu § 1355; ders. Allgem. Teil S. 111, S. 116; Vgl. Schreiben des Sächs. Justizmin. vom 14. 9. 1908 bei Reger Bd. 29 S. 252 ff.

2) So richtig Gauß, a. a. O. S. 38.

3) Gegen jede vertragliche Regelung ist Staudinger a. a. O. Bem. 8 zu § 1355; a. M. Planck, Bem. 1 a. E. zu § 1355.

schaffen worden. Da die Adelsbezeichnung „von" somit also Namensbestandteil ist, hat die Frau gemäß § 1355 ein Recht sie zu führen. Sie hat ein Klagerecht gegen den Mann, der ihr die Führung untersagen wollte.

§ 9. Das Entscheidungsrecht des Mannes nach § 1354 BGB.

Der Mann hat das Recht, in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu entscheiden, so besonders Wohnort und Wohnung zu bestimmen. Für die Frau besteht demgemäß eine Folgepflicht, außer wenn der Mann sein Recht mißbraucht (Abs. 2 des § 1354).

Diese Bestimmung hängt eng mit der des § 1353 zusammen. Bei ihrer Inhaltsdarstellung ist gezeigt worden, um welche gegenseitigen Gemeinschaftspflichten der Ehegatten es sich im einzelnen handelt. In allem nun, was zur Durchführung dieser Gemeinschaftspflichten gehört, soll die Stimme des Mannes maßgebend sein. Der Grundsatz der Gegenseitigkeit im § 1353 wird also durch die Vorschrift des § 1354 nicht umgestoßen; denn die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft ist etwas anderes als Gestaltung dieser Pflicht. Beide Ehegatten sind z. B. in gleicher Weise zur häuslichen Gemeinschaft verpflichtet, aber wie die häusliche Gemeinschaft aussehen soll, hat letzten Endes der Mann zu bestimmen. Seine Meinung ist demnach ausschlaggebend für die Zweckbestimmung der Zimmer, hinsichtlich der Aufnahme von Gästen in die häusliche Gemeinschaft, für die Vornahme von Neuanschaffungen, für die Festsetzung von Reisen usw.

Mit dem eben Gesagten ist schon Stellung genommen zu dem Meinungsstreit, was unter Angelegenheiten des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens zu verstehen ist. Es sind nämlich alle jene Angelegenheiten, die aus der Pflicht zum ehelichen Zusammenleben erwachsen und die gerade für die Erfüllung dieser Pflichten Bedeutung haben. Wir erweitern somit den vom Planck im Reichstag [1]) aufgestellten Satz, es handele sich „um die tausendfältigen, an sich gleichgültigen Fragen des täglichen Lebens, die aber doch entschieden werden müssen, wenn die Ehegatten eine wirtschaftliche Gemeinschaft haben wollen". Erweitert ist der Plancksche Satz insofern, als es sich nicht nur um Fragen im Hinblick auf die „wirtschaftliche Gemeinschaft" handelt, sondern um alles, was das eheliche Gemeinschaftsleben umfaßt, wovon die Wirtschaftsgemeinschaft ja nur ein Teil ist.

Abzulehnen ist auch die von Gauß [2]) gemachte Einschränkung des männlichen Entscheidungsrechts auf „wichtigere Fragen des Ehelebens". Die von Gauß gegebene Begründung muß als unzulänglich angesehen werden. Hätte man dem Mann die Entscheidung nur in „wichtigen"

---

1) StB S. 550.
2) a. a. O. S. 32.

Angelegenheiten geben wollen, so wäre der bezeichnende Zusatz bei der Abfassung des § 1354 zweifellos gemacht worden. Gauß glaubt einen Beweis für seine Meinung zu haben in dem Satz: „Der Mann bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung“. Der Satz bietet aber kein Beispiel für die größere oder geringere Wichtigkeit der Angelegenheiten, sondern dafür, ob sie das gemeinschaftliche Eheleben betreffen[1]).

Aus dem Gesagten ergibt sich ferner, daß das Entscheidungsrecht des Mannes sich weder erstreckt auf die Sonderangelegenheiten[2]) der Frau noch auf alles dasjenige, was die Ehegatten zwar gemeinschaftlich unternehmen, aber nicht als Ehegatten, was also mit dem ehelichen Leben direkt nichts zu tun hat, so z. B. eine gemeinsame Spekulation[3]). Man könnte hier vielleicht sagen — und dieser Einwand ist auch gemacht worden —[4]), daß alles, was ein Ehegatte unternimmt, was ihn angeht, auch den anderen, wenn auch nur indirekt, angeht, daß es also für Leute, die in einer Ehe miteinander leben, kaum Dinge gibt, die das gemeinschaftliche Eheleben nicht betreffen, und das umso weniger, je inniger das Zusammenleben ist. Aber wenn das wirklich der Fall wäre, wenn auch diejenigen Angelegenheiten unter die Bestimmungen des § 1354 fallen sollten, die nur mittelbar das eheliche Gemeinschaftsleben betreffen, dann bedürfte es der Aufstellung jener bestimmten Merkmale im § 1354 überhaupt nicht, da es dann schlechterdings nichts mehr gäbe, was aus dem Gebiet des gemeinschaftlichen ehelichen Lebens herausfiele. Dann also könnte die gesetzliche Bestimmung einfach lauten: „Der Mann hat bei allen Meinungsverschiedenheiten die Entscheidung“. In der Fassung des § 1354 kommt aber gerade das Vorhandensein eines Sonderbereiches von Angelegenheiten zum Ausdruck, das der männlichen Entscheidung entzogen sein soll. Nur in den Fragen also ist die Meinung des Mannes ausschlaggebend, die unmittelbar auf das gemeinschaftliche eheliche Leben Bezug haben[5]).

Bei der Regelung ihrer Sonderangelegenheiten hat die Frau allerdings „nie die Rücksicht auf die bestehende Ehe außer Acht zu lassen“[6]). Diese Forderung gründet sich jedoch auf den § 1353, sie gilt für beide Ehegatten. Aber wenn die Frau diese Rücksicht fallen läßt, kann es leicht sein, daß die zunächst sie allein angehende Angelegen-

1) Gegen Gauß auch Staudinger Bem. 1 zu § 1354.
2) Vgl. oben S. 35.
3) Vgl. Fr. Leonhard, Lehrb. S. 153.
4) Vgl. Opet a. a. O. Bem. 1 b zu § 1354; Müller-Meikel § 314; Cosack, 6. Aufl. § 318 II und vgl. auch 7. und 8. Aufl. § 44 II 1.
5) Vgl. auch Dernburg, a. a. O. § 32 III; Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu § 1354; Lehmann a. a. O. S. 62 Z. 2; Scriba a. a. O. S. 63; ferner Joerges a. a. O. S. 40 ff. bes. S. 43 gegen Cosack.
6) Vgl. Joerges a. a. O. S. 41.

heit zu einer solchen wird, die das eheliche Leben betrifft, sodaß nunmehr der Mann das entscheidende Wort zu sprechen hat[1]).

Hiermit im Zusammenhang steht die bestrittene Frage, ob der § 1354 dem Manne als Grundlage dienen kann, der Frau die Fortsetzung eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts zu untersagen. Ein solches Recht läßt sich aus dem Gesetz jedoch nicht herleiten[2]), da das Geschäft alleine die Frau angeht und nicht das gemeinschaftliche Eheleben[3]). Wenn die Frau um des Erwerbsgeschäfts willen ihren in den §§ 1353, 1356 genannten Verpflichtungen nicht nachkommt, kann der Mann auf Grund jener Vorschriften gegen sie vorgehen, nicht aber auf Grund des § 1354. So ist es natürlich möglich, daß indirekt eine Untersagung des Fortbetriebes des Geschäfts erfolgt, nämlich dann, wenn die Frau es in eigener Person betreibt und nun z. B. wegen Vernachlässigung ihrer Haushaltspflichten zu deren Erfüllung verurteilt wird. So ist anscheinend auch die Meinung Staudingers zu verstehen[4]).

Ebenso gehen die Meinungen auseinander darüber, ob dem Mann auf Grund des § 1354 ein Recht zusteht, von dem Inhalt der an die Frau gerichteten Briefe Kenntnis zu nehmen. Diejenigen Schriftsteller, die das Entscheidungsrecht des Mannes ausdehnen auf solche Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben auch nur mittelbar betreffen, kommen zu einer Bejahung dieser Frage. Kohler[5]) geht sogar so weit, dem Mann ein unbeschränktes Brieföffnungsrecht zuzugestehen. Das ergebe sich aus der moralischen Verantwortlichkeit des Mannes für das, was unter den Mitgliedern des Hauses vor sich gehe. Opet[6]) dagegen macht die Einschränkung, der Mann dürfe nur Kenntnisnahme des Briefwechsels beanspruchen, wenn das Verhalten der Frau einen solchen Schritt rechtfertige[7]). Aber alle diese Meinungen sind abzulehnen und zwar einfach unter Rücksichtnahme auf den Wortlaut des § 1354. Der Mann soll die Entscheidung haben in gemeinschaftlichen Eheangelegenheiten; er muß folglich wissen, daß es sich um eine solche handelt. Wo ihm dieses Wissen fehlt, kann er nicht unter Be-

---

1) Joerges a. a. O. S. 41 führt als Beispiel an die Vernachlässigung des Haushalts durch einen umfangreichen Briefwechsel.

2) Auch nicht aus anderen Vorschriften; denn die Frau ist unbeschränkt geschäftsfähig. Die vermögensrechtlichen Vorschriften, z. B. § 1405 BGB, kommen für unsere Frage nicht in Betracht.

3) a. M. aber ohne Begründung das RG in RGE Bd. 59 S. 31; ferner das RGE Bd. 84 S. 47. Hier wird als selbstverständlich angenommen, daß der Mann ein Verbietungsrecht habe. Ein Eigenbereich wird als Grenze überhaupt nicht berücksichtigt, sondern nur ein etwaiger Rechtsmißbrauch. — Vgl. auch Planck. Bem. 4 zu § 1356; Gauß a. a. O. S. 43.

4) a. a. O. Bem. 3 zu § 1354. — Vgl. auch Dernburg, a. a. O. § 34 IV; Endemann a. a. O. § 170 Ziff. 5. — Scriba a. a. O. S. 65; Hörle a. a. O. S. 120.

5) Lehrbuch S. 63 f.

6) a. a. O. Bem. 4 a zu § 1354.

7) Aehnlich auch Hörle, a. a. O. S. 121 f.; Staudinger, Bem. 1 zu § 1354; Sarantakis a. a. O. S. 30.

rufung auf den § 1354 Einsichtnahme in die Briefe seiner Frau fordern, nicht z. B. auf die bloße Vermutung hin, es liege eine Eheangelegenheit vor. Er hat kein Kontrollrecht über die Frau [1]). Ein Brieföffnungsrecht des Mannes wird auch abgelehnt von der Strafrechtswissenschaft mit Bezug auf den § 299 StGB [2]). Sehr gute Gründe gegen das Brieföffnungrecht des Mannes führt Goldmann an in der DJZ 1904, S. 65: „Ein Recht des Mannes, die Briefe seiner Frau zu öffnen sei weder abzuleiten aus dem § 1354, noch stehe ihm eine Macht zu ähnlich der, wie sie Eltern über die Kinder haben, nämlich die zur Erziehung und Beaufsichtigung (§ 1631 BGB). Auch sei der Mann nicht gesetzlicher Vertreter der Frau; ferner würde ein grundsätzliches Brieföffnungsrecht des Mannes im Gefolge haben, daß er unter Umständen Kenntnis von Angelegenheiten dritter Personen erhielte, über die die Frau Stillschweigen zu bewahren verpflichtet sei, z. B. als Beamtin, Aerztin, Anwältin, Hebamme usw. (vgl. § 300 StGB).

Im Anschluß an Entscheidungen des Reichsgerichts [3]), die das Herausgabeverlangen seitens eines Elternteils zum Gegenstand haben, wird vielfach erörtert, ob die Sorge für die Person der gemeinsamen Kinder eine Angelegenheit sei, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffe. Die Frage wird deshalb aufgeworfen, weil man die Einrede des Mißbrauchs, die der Frau nach § 1354 Abs. 2 zusteht, auch der Mutter geben zu müssen glaubt gegenüber der ihre Interessen nicht genügend berücksichtigenden Durchführung der väterlichen Kindesfürsorge. Die Kinderfürsorge steht gemäß § 1634 beiden Elternteilen zu, aber so, daß die Meinung des Vaters bei Meinungsverschiedenheiten vorgeht. Da hier die Bestimmung fehlt, die Entscheidung des Vaters dürfe keinen Mißbrauch gegen den anderen Rechtsinhaber — also die Mutter — darstellen, so sucht man diesem Mangel — denn als solchen empfindet man ihn [4]) — in der oben angedeuteten Weise abzuhelfen.

Wir müssen jedoch eine Anwendung des § 1354 Abs. 2 auf Fragen der Kindesfürsorge ablehnen, erstens, weil diese besonders geregelt sind, nämlich in dem § 1626 ff. BGB, zweitens weil durch den § 1354 laut ausdrücklicher Vorschrift alles das betroffen werden soll, was Mann und Frau als Ehegatten angeht [5]). Wie die persönlichen Beziehungen der Gatten im einzelnen zu gestalten sind, darüber soll der Mann entscheiden; weil es sich um diese Beziehungen handelt, soll sich die Frau mit der Mißbrauchseinrede zur Wehr setzen können. Die Sorge für die Kinder ist zwar ein Teil ihres Gemeinschaftlebens, nicht aber

1) Vgl. Scriba S. 62 Anm. 167; ferner Joerges a. a. O. S. 44.

2) Vgl. Frank, a. a. O., Bem. III zu § 299 und die dort Zitierten.

3) Vgl. z. B. RGE Bd. 55 S. 419; Recht 08 S. 130 Nr. 778; JW 1912 S. 395 Nr. 15; LZ 1915 S. 504 ff.

4) Ob mit Recht, wird unten gezeigt werden bei der Erörterung über die elterliche Gewalt.

5) Vgl. den Ausdruck: „Gemeinschaftliches eheliches Leben“.

ihres ehelichen Lebens. Das Leben, was zwei Menschen als Eltern führen, ist etwas anderes als das, was sie als Ehegatten führen. Als Eltern gilt für sie der Grundsatz, das Wohl und Interesse der Kinder wahrzunehmen. Wenn daher der Vater bei einer Entscheidung gemäß § 1634 Satz 2 unter Beobachtung des eben genannten Grundsatzes sich um das Recht der Mutter (§ 1634 Satz 1) überhaupt nicht kümmert, so kann sie nicht einwenden, er habe sein ehemännliches Entscheidungsrecht gemäß § 1354 mißbraucht, da es sich ja um dieses hier nicht handelt[1]).

Aus dem Satz 2 des § 1354 Abs. 1: der Mann bestimmt Wohnort und Wohnung, hat man die Folgerung gezogen, der Mann dürfe von der erkrankten Ehefrau verlangen, daß sie sich in einer Heilanstalt aufhalte zum Zweck ihrer Gesundung[2]). Der Sinn der Gesetzesvorschrift, ist jedoch der[3]), daß der Mann bei der Wahl des gemeinsamen Wohnorts maßgebend sein soll, d. h. des Ortes, wo er mit seiner Frau tatsächlich und dauernd sich aufhalten will und der Wohnung, wo beide Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft leben wollen. Es ist einleuchtend, daß eine Anstalt, die nur als vorübergehender Aufenthalt gedacht ist und den Zwecken der Heilung dient, nicht aber häuslichen Gemeinschaften für Ehegatten, hier nicht in Betracht kommt. Inwieweit die Ehegatten eine gegenseitige Forderung haben, auf Vornahme zweckmäßiger Heilbehandlung, ist in dieser Arbeit an anderer Stelle[4]) bereits gezeigt worden.

Falls der Mann sein Entscheidungsrecht mißbraucht, ist die Frau zur Folgeleistung nicht verpflichtet (§ 1354 Abs. 2). Wesen und Bedeutung der Mißbrauchseinrede sind in der vorliegenden Arbeit bereits behandelt worden, sodaß hier auf unsere obigen Ausführungen verwiesen werden kann[5]); denn mit Ausnahme dessen, daß es sich in § 1353 Abs. 2 um ein gegenseitiges Recht handelt, gilt hier dasselbe.

Was unter einer mißbräuchlichen Entscheidung zu verstehen ist, ist im Gesetz — ebenso wie bei dem Rechtsmißbrauch des § 1353 Abs. 2 — nicht gesagt. Die in der Reichstagskommission beantragte Kenntlichmachung einzelner Fälle wurde abgelehnt[6]). Ob der Einwand des Mißbrauchs berechtigt ist, läßt sich daher immer nur unter Berücksichtigung der jeweils obwaltenden Verhältnisse von Fall zu Fall fest-

---

1) Wie hier auch Wetzel a. a. O. S. 78; ferner Staudinger a. a. O. Bem. 1 zu 1354, 1 b β zu § 1634 II B 1 zu § 1666. A. M. Hörle, a. a. O. S. 119 f; Enneccerus § 79 VI (Kipp); Dernburg § 74 VII. — Das Weitere unten an maßgebender Stelle.

2) So RGE Bd. 51 S. 182; Planck a. a. O. Bem. 2 zu 1354.

3) Vgl. den Ausdruck „gemeinschaftliches eheliches Leben“.

4) Vgl. oben S. 27 ff. u. S. 35.

5) Vgl. oben S. 34 ff.

6) RTK S. 221: „Als Mißbrauch ist insbesondere anzusehen, wenn eine ernstliche Gefahr für das Wohl der Frau, für ihr Leben und ihre Gesundheit oder eine begründete Besorgnis wegen des künftigen Unterhalts eine Weigerung rechtfertigt“.

stellen. Ganz allgemein kann man mit Wolff[1]) folgendes sagen: „Ein Rechtsmißbrauch des Mannes liegt vor, wenn seine Entscheidung (objektiv) verkehrt, engherzig, geschmacklos, der Frau schädlich oder (subjektiv) nicht in der Absicht, das Gemeinschaftsinteresse zu fördern, sondern ausschließlich im eigenen Interesse des Ehemannes oder aus Schikane getroffen ist".

Ein Mißbrauch kann auch darin liegen, daß der Mann unter völliger Nichtbeachtung der Meinung der Frau irgendwelche Anordnungen und Maßnahmen in Bezug auf das eheliche Zusammenleben trifft. Da er kein Befehlsrecht hat, braucht die Frau in einem solchem Falle nicht Folge zu leisten. Der Charakter des Entscheidungsrechts ist so beschaffen, daß gemeinsame Beratungen vorauszugehen haben. Das Wort „Entscheidung" hat hier nämlich nicht den Sinn, daß der Mann etwa nur seine eigenen, einander widerstreitenden Meinungen zu prüfen und daraufhin eine für geeignet zu erklären hätte. Vielmehr kann es nur den Sinn haben, daß von den nicht übereinstimmenden Ansichten beider Ehegatten die bessere auszuwählen ist, wobei für das „besser" die gemeinschaftlichen Eheinteressen den Ausschlag geben; denn es sind ja gemeinschaftliche Angelegenheiten, um deren Erledigung es geht. Beide Gatten müssen daher Gelegenheit haben darzutun, wie sie die Dinge ansehen; denn dann erst kann klar werden, was gerade in dieser Gemeinschaft nötig ist. Erst wenn eine Einigung nicht erzielt werden kann, hat der Mann das Recht, dem Hin und Her durch sein Wort ein Ende zu machen[2]).

Es hat sich erwiesen, daß die Vorschrift über den Mißbrauch des § 1354 praktisch vorwiegend Bedeutung erlangt hat hinsichtlich der Bestimmung von Wohnort und Wohnung durch den Mann. Aus den uns vorliegenden Entscheidungen läßt sich beispielsweise folgendes entnehmen: „Der Mann muß bei der Auswahl der Familienwohnung auf die ihm bei Eingehung der Ehe bekannten Verhältnisse und Lebensinteressen der Frau Rücksicht nehmen und darf nur aus wichtigen und berechtigten Gründen eine Wohnung wählen, die in größerer Entfernung von dem Grundbesitz und Geschäft seiner Frau liegt"[3]). Die Frau braucht ferner dem Mann nicht in eine Wohnung zu folgen, die für die Zwecke des ehelichen Zusammenlebens ungeeignet ist, z. B. in eine Schlafstelle[4]). Von einem Mißbrauch des Mannes nach § 1354 kann jedoch noch nicht ohne weiteres schon dann die Rede sein, wenn er sich weigert, seine volljährigen Kinder bei sich aufzunehmen, wenn er also nur eine Wohnung bereit hält, die für ihn und seine Frau ausreicht[5]).

---

1) Lehrbuch, a. a. O. § 31 V.

2) Vgl. z. B. Wolff § 31 V; Hörle, S. 119; Scriba S. 61 u. 62; Lehmann, S. 62, Ziff. 2.

3) Vgl. z. B. JW 1908 S. 406 ff.

4) RGE Bd. 5 S. 167.

5) JW 1920 S. 437; 1921 S. 406.

In allen Fällen, wo die Frau dem Mann den Vorwurf macht, die Wohnung sei ungeeignet, ist zu beachten, daß „dem Mann nicht zugemutet werden kann, vor der Rückkehr der Frau oder schon während der Dauer des Prozesses eine ausreichende Wohnung zur Verfügung zu halten". „Es genügt vielmehr, wenn er bereit und imstande ist, rechtzeitig eine entsprechende Wohnung zu beschaffen" [1]).

Daß die Folgepflicht der Frau bestehen bleibt, wenn eine während der Ehe eintretende Verschlechterung seiner Vermögenslage den Mann nötigt, dementsprechend eine geringere Wohnung zu beschaffen, versteht sich schon aus dem § 1353, der die Ehegatten zu einer umfassenden Gemeinschaft (inneren und äußeren) verpflichtet [2]).

Eine vertragliche Ausschließung des männlichen Entscheidungsrechts ist rechtlich unverbindlich, jedoch nicht etwa aus dem gleichen Grunde, der einen Vertrag über den Ausschluß einzelner, durch den § 1353 begründeter Pflichten nichtig macht [3]). Es kann nämlich wegen der von den Rechten des § 1353 so verschiedenen Natur des Entscheidungsrechts kein Verstoß gegen den § 138 darin erblickt werden, daß der Mann der Frau die Entscheidung überläßt. Wohl aber würde sich ein Widerspruch mit dem Gesetz ergeben; denn eine freie Regelung ist, wie aus den Vorverhandlungen zu ersehen ist [4]), ausdrücklich abgelehnt worden.

Rechtswirksam ist es jedoch, wenn die Ehegatten die Folgepflicht der Frau aus besonderen Gründen auf gewisse Zeit aufheben, z. B. zur Ermöglichung günstigerer Erwerbsbedingungen oder Ersparung von Ausgaben [5]). Mit Rücksicht auf derartige Umstände kann sich eine entgegengesetzte Bestimmung des Mannes als Mißbrauch darstellen.

Die gerichtliche Geltendmachung des Entscheidungsrechts erfolgt durch die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens [6]). Die einst im Reichstag [7]) aufgestellte Behauptung, daß für Streitigkeiten auf Grund des § 1254 entweder das Vormundschaftsgericht zuständig oder überhaupt jedes Eingreifen des Gerichts ausgeschlossen sei, hat sich nicht durchzusetzen vermocht. Denn die Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen, hängen so eng mit der ehelichen Lebensgemeinschaft selbst zusammen, daß bei Streitigkeiten unter den Ehegatten auf Grund des § 1354 das ganze Eheleben berührt wird. Für diese „Ehesachen" ist aber gerade die Herstellungsklage eingerichtet worden.

---

1) Vgl. die bereits erwähnten Entscheidungen: RGE Bd. 5 S. 167; JW 1920 S. 437; 1921 S. 406.

2) Vgl. für den Mißbrauch auch Scriba a. a. O. S. 92.

3) Vgl. oben S. 43.

4) Vgl. oben S. 44.

5) Vgl. Staudinger a. a. O. Bem. 5 zu § 1354. Vgl. auch JW 1901 S. 781 ff; 1908 S. 408 f.

6) Das ist unbestrittene Meinung. Vgl. auch Staudinger, a. a. O. Bem. 7 zu 1354; Gauß a. a. O. S. 30 f.; Recht 1914 Nr. 2081 „... auch über die Rechte, die sich auf den § 1354 Abs. 2 gründen, hat ausschließlich das Prozeßgericht zu entscheiden".

7) St. B. S. 536, 551.

In der Fassung des Gesetzes ist auch kein Grund gegen die Anwendung dieser Verfahrensart zu erblicken. Hätte man ein Anrufen des Vormundschaftsgerichts hier vorziehen wollen, so wäre eine ausdrückliche Bestimmung wie in den §§ 1357, 1358 nötig gewesen.

Auf demselben Wege wie der Mann kann auch die Frau vorgehen und zwar kann sie mit der Herstellungsklage verlangen, daß die mißbräuchliche Bestimmung des Mannes abgeändert, daß ein von Mißbrauch freier, der ehelichen Gemeinschaft entsprechender Zustand hergestellt werde[1]. Denn, so sagt das Reichsgericht in den Urteilsgründen, da die Herstellungsklage für jede Verletzung der aus dem persönlichen Verhältnis der Ehegatten entspringenden Pflichten gegeben sei, so könne es keinen Unterschied machen, ob jene Verletzung aus dem Mißbrauch des ehemännlichen Bestimmungsrechts entfließe oder ohne solche Voraussetzung bestehe. Daher sei es nicht richtig, daß die Frau *nur* den Gehorsam verweigern, die Gemeinschaft aufheben oder letzten Endes auf Scheidung klagen könne.

Die Praxis will neben den besonderen „Ehe-Klagen" auch eine gewöhnliche Feststellungsklage nach § 256 ZPO zulassen dahingehend, ob die Frau ihrem Mann ins Ausland zu folgen brauche[2]. Wir haben oben[3] bereits nachgewiesen, daß gegen einen gewöhnlichen Prozeß unter Ehegatten nichts einzuwenden ist, da es der besonderen Sicherungen des Eheverfahrens nur bedarf bei den in § 606 ZPO aufgezählten Klagen. Es kommt also auf das Ziel der Klage an dafür, ob sie im gewöhnlichen oder im Ehe-Prozeß geltend zu machen ist.

II. Persönliche und zugleich vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe.

§ 10. Die Stellung der Frau im Hauswesen nach § 1356 BGB.

Der § 1356 berechtigt und verpflichtet die Frau das gemeinsame Hauswesen zu leiten. Sie hat also im Gegensatz zu den Vorschriften älterer Gesetze, nach denen ihr nur die Hausleitungs*pflicht* auferlegt war[4], jetzt auch das *Recht* auf Ausübung der Haushaltungsgewalt.

Diese Tätigkeit erstreckt sich auf alle in einem Hauswesen notwendigen Handlungen, die auf die Bedürfnisbefriedigung sämtlicher Haushaltsmitglieder gerichtet sind. Es handelt sich also um die „Leitung und Anordnung der im Haus, Küche, Keller, Hof und Garten erforderlichen Arbeiten und die Anweisung und Ueberwachung des häuslichen Gesindes und sonstiger Hilfskräfte"[5].

---

1) Vgl. Staudinger a. a. O. Bem. 7 zu 1354; RG Bd. 97 S. 287 ff.
2) RG in JW 03 Beil. S. 146.
3) Vgl. oben S. 41.
4) So z. B. ALR II, 194; Sächs. BGB § 1631. Im gemeinen Recht hatte der Mann einen Anspruch auf das durch häusliche Arbeit von der Frau Erworbene (vgl. Dernburg, Pand. Bd. III S. 10).
5) Vgl. Hörle a. a. O. S. 125.

Der § 1356 behandelt, wie Scriba[1]) zutreffend sagt, die Frage der Arbeitsteilung innerhalb der ehelichen Gemeinschaft. Ausdrücklich geregelt ist hier jedoch nur die Stellung der Frau, nicht auch die des Mannes. Darin aber, daß der Frau das Hauswesen als Wirkungsfeld zugewiesen ist, liegt schon die Forderung an den Mann, diejenigen Obliegenheiten zu erfüllen, die außerdem zur Durchführung einer ehelichen Lebensgemeinschaft nötig sind. Der Mann hat, wenn die Frau — wie in den meisten Fällen — vermögenslos ist, den Unterhalt für sie, wie auch den ehelichen Aufwand allein zu tragen. Daher kommt ihm die Stellung des Verdienenden, Erwerbenden zu, während die Frau das Erworbene bewahren, erhalten soll.

Bei der Ausführung ihres Leitungsrechts muß die Frau die dem Mann eingeräumte „höhere" Stellung beachten; denn das gemeinsame Hauswesen gehört zu den „das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten", in denen der Mann die Entscheidung hat. Des ausdrücklichen Hinweises im § 1356 auf die Anwendbarkeit des § 1354 hätte es also eigentlich nicht bedurft, es sei denn, daß man Zweifeln vorbeugen wollte, die sich etwa ergeben könnten aus dem Ausdruck „leiten". Es könnte zunächst scheinen, daß sich das Leitungsrecht der Frau nicht mit dem Entscheidungsrecht des Mannes vertrüge. Dem ist aber nicht so; denn eine leitende Stellung kann jemand selbst dann noch einnehmen, wenn er sich bei der Ausführung der Leitung nach den Befehlen einer ihm übergeordneten Person zu richten hat. Von einem Befehlsrecht des Mannes ist aber garnicht die Rede, da der Ehefrau bei der Regelung aller Gemeinschaftsangelegenheiten eine mitberatende Stimme zukommt. Die Richtlinien, die die Ehegatten gemeinsam, wenn auch entscheidend durch den Mann beeinflußt, festgesetzt haben, muß die Frau allerdings beachten; so hat sie z. B., wenn die Entscheidung getroffen ist, vier allgemeine Mahlzeiten am Tage einzunehmen, oder mehr oder weniger Arbeitskräfte zu halten, die nötigen Anordnungen zu treffen.

Gegen eine mißbräuchliche Ausübung des Entscheidungsrechts ist die Frau gemäß § 1354 Abs. 2 geschützt.

Da der Frau die Leitung des Hauswesens als selbständiges Recht übertragen ist, darf der Mann sie an der Ausübung des Rechts weder willkürlich hindern, noch darf er ihr ihren Aufgabenkreis unberechtigt nehmen, indem er ihn etwa ganz oder zum Teil auf Angestellte überträgt. Die gerichtliche Geltendmachung dieses Rechts erfolgt, da es aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringt, im Wege der Herstellungsklage.

Dem Mann gegenüber hat die Frau die Pflicht die Hausleitungstätigkeit nunmehr auch auszuüben. Auch seinen „Anspruch" kann der Mann mit der Herstellungsklage verfolgen. Gegen übermäßige Forderungen des Mannes, die z. B. darin liegen können, ein sehr großes Hauswesen

---

1) a. a. O. S. 68.

alleine zu leiten oder trotz bestehender Krankheit die Aufsicht zu behalten, ist die Frau durch die Einrede des Mißbrauchs gemäß § 1353 Abs. 2 geschützt.

Eine Arbeitspflicht der Frau, die sich nicht nur auf das Hauswesen sondern auch auf das Geschäft des Mannes erstreckt, ist der Frau gemäß § 1356 Abs. 2 nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen auferlegt. Im Gegensatz zur Hausleitung, der sich jede Frau ohne Unterschied des Standes, des Vermögens usw. unterziehen muß, kann eine Mitarbeit nur gefordert werden „soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist". Für die Beurteilung der „Verhältnisse" ist sowohl die Vermögenslage wie die gesellschaftliche und berufliche Stellung der Ehegatten in Betracht zu ziehen [1]). Daß es dabei auf den Zeitpunkt ankommt, in dem die Mitarbeit verlangt wird, ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes „in denen die Ehegatten (jetzt!) leben". Als weiterer Maßstab für die an die Frau zu stellende Forderung auf Arbeit kommt noch hinzu, ob eine solche gerade in diesen Verhältnissen „üblich" ist [2]). Nach ihrer Feststellung ist also zu untersuchen, ob eine Mitarbeit der Frau an dem Orte, wo sich das gemeinsame Hauswesen und das Geschäft befindet, der herrschenden Sitte entspricht.

Eine Mitarbeit der Frau im Hauswesen wird in den meisten Ehen zu bejahen sein. Dagegen wird „geschäftliche" Arbeit in der Regel nur von kleineren Kaufleuten, Gewerbetreibenden, Landwirten usw. verlangt werden können. Dabei hat der Mann die Fähigkeiten der Frau in geistiger und körperlicher Beziehung zu berücksichtigen. Ob er auch eine etwaige frühere Ausbildung der Frau und besondere Interessen beachten muß, auf Grund derer sie vielleicht, soweit das Hauswesen ihr Zeit dazu läßt, eine anderweitige Beschäftigung vorziehen möchte, läßt sich so allgemein nicht sagen. Eine Entscheidung darüber kann vielmehr nur für den jeweiligen konkreten Fall getroffen werden [3]). Unter Umständen kann ein unter völliger Außerachtlassung dieser Tatsachen gestelltes Verlangen des Mannes nach Mitarbeit im Geschäft mißbräuchlich sein.

Ein Recht auf Mitarbeit, wie es der Frau auf die Leitung des Hauswesens gewährt ist, ist ihr im Gesetz nicht zuerkannt. Der Mann ist folglich berechtigt, sowohl sämtliche Hausarbeiten durch andere vornehmen zu lassen als auch der Frau jegliches Tätigwerden in seinem Geschäft zu untersagen. Aber in dem unberechtigten Verbot des Mannes, häusliche Arbeiten zu verrichten, kann man die Verletzung einer Gemeinschaftsbeziehung erblicken, die zur Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens führen kann. Das Verbot kann sich nämlich als Mißbrauch

---

1) Vgl. Opet a. a. O. Bem. 4 zu § 1356; Scriba S. 73.

2) Vgl. auch Schultzenstein in JW 1922 S. 759 „Ueblich im BGB".

3) Endemann a. a. O § 170 Anm. 18 fordert in jedem Fall „gebührende" Rücksichtnahme.

seines Entscheidungsrechts nach § 1354 Abs. 2 darstellen, z. B. dann, wenn der Ehemann um des äußeren Scheins willen das Hauswesen durch Anstellung von Personal in einer zu kostspieligen Weise gestaltet [1]).

Dagegen ist das Geschäft des Mannes, wenn auch die Pflicht zur Mitarbeit als Folge der ehelichen Beziehung anzusehen ist, keine gemeinschaftliche eheliche Angelegenheit, sodaß eine Untersagung der Mittätigkeit hier endgültig ist.

Falls die Frau die ihr gemäß § 1356 Abs. 2 obliegende Arbeitspflicht verletzt, kann der Mann mit der Herstellungsklage Erfüllung der Pflicht verlangen [2]).

Voraussetzung für die Tätigkeit der Frau gemäß § 1356 ist das Bestehen der häuslichen Gemeinschaft [3]), wozu die Ehegatten nach § 1353 verpflichtet sind. Der Zweck der Vorschriften in § 1356 ist gerade, die Durchführung dieser Gemeinschaft zu erleichtern. Die Frau, die außerhalb der häuslichen Gemeinschaft steht, ist garnicht in der Rechtslage, die für die Erfüllung der Pflichten nach § 1356 bestehen muß [4]). Ob aber auch die Pflicht zur Vornahme oder Wiederaufnahme jener Tätigkeiten für die Frau entfällt, richtet sich danach, ob sie die häusliche Gemeinschaft aus einem berechtigten Grunde aufgehoben hat, oder ob sie grundlos die Gemeinschaft verweigert. Falls der Mann die Frau ohne rechtlichen Grund verläßt oder verstößt, hat er folglich auch keinen Anspruch mehr auf Vornahme der Arbeiten, vor allem kann er nicht verlangen (die Tätigkeit für das gemeinsame Hauswesen hört ja schon durch die Entfernung auf), daß sie ihre Mitarbeit im Geschäft fortsetzt.

Das Verlangen nach Fortsetzung der Haus- oder Geschäftstätigkeit fällt bei aufgehobener Gemeinschaft mit dem nach Herstellung der Gemeinschaft zusammen.

Entgegen der herrschenden Lehre vertritt alleine Joerges [5]) den Standpunkt, ein Recht auf Herstellung sei aus dem § 1356 Abs. 2 nicht ableitbar. Er behauptet, die Klage auf Herstellung sei wohl gegeben bei der Geltendmachung der Rechte aus § 1356 Abs. 1, nicht aber aus Abs. 2. Diese Folgerung hängt zusammen mit der Joergesschen Einteilung der Ehegatten-Beziehungen in personenrechtliche und persönliche vermögensrechtliche [6]). Nur die Verletzung der personenrechtlichen Verpflichtungen hält Joerges mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens für verfolgbar. Es handelt sich dabei nach Joerges um solche Rechte und Pflichten, bei denen das Wollen unmittelbar Gegenstand der Leistung ist, wo aber eine mittelbare Beziehung auf ein Rechts-

---

1) Vgl. Staudinger Bem. 2 c zu § 1389; Gauß S. 34 f.
2) So die herrschende Lehre.
3) Vgl. z. B. Staudinger, Bem. 4 zu § 1356 und aus der Praxis OLG Bd. 6 S. 155.
4) Vgl. RGRK Bem. 3 zu § 1356.
5) a. a. O. S. 49, 54, 115 ff.
6) Vgl. Joerges S. 22; siehe auch oben S. 18 Anm. 1.

objekt vermögensrechtlichen Charakters fehlt. Nun gibt aber Joerges keine Begründung dafür, weshalb er diese letztgenannte mittelbare Beziehung für gegeben ansieht im § 1356 Abs. 2 und sie leugnet im Abs. 1 [1]). Es ist doch nicht zu verkennen, daß auch der im Abs. 1 geforderten „leitenden Tätigkeit" der Frau ein Vermögenswert zukommt. Man denke nur an die großen Haushaltungen, in denen oft neben der Hausfrau noch eine Angestellte leitend beschäftigt ist. Aber auch in allen sonstigen Fällen, selbst da, wo Leitung und Arbeit zusammen in der Hand der Hausfrau liegen, also kaum voneinander trennbar sind, ist die Leitung wirtschaftlicher Bewertung fähig.

Weiterhin muß man Joerges den Einwand machen, daß nicht nur auf Herstellung geklagt werden kann, wenn „personenrechtliche" Pflichten verletzt sind, sondern immer, wenn persönliche Beziehungen der Ehegatten in Frage stehen, einerlei ob sie rein persönlich geartet oder ob sie mit vermögensrechtlichen Interessen verknüpft sind Es macht also für die Anwendbarkeit dieser Klage nichts aus, ob die Gemeinschaft z. B. gefährdet ist durch fortwährenden Mißbrauch des männlichen Entscheidungsrechts (rein persönlich) oder durch Entziehung der weiblichen Tätigkeit (auch vermögensrechtlich). Maßgebend ist allein, daß wirklich Herstellung der Gemeinschaft verlangt wird und nicht Ersatz für den Ausfall einer vermögenswerten Pflicht.

Es ist eine sehr bestrittene Frage, ob überhaupt neben der Herstellungsklage eine Klage unter den Ehegatten zuzulassen ist auf Ersatz des Schadens, den ein Gatte durch pflichtwidriges Handeln des anderen erlitten hat. In Hinsicht auf den zur Erörterung stehenden § 1356 soll hier zu der Streitfrage nur insoweit Stellung genommen werden, als es sich um einen Rechtsschutz für die Verletzung von Pflichten handelt, die Vermögenswert haben. Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, wie der Ehemann, dem die Frau durch Nichterfüllung der ihr gemäß § 1356 zustehenden Pflichten einen Vermögensnachteil zufügt, Schadensersatz verlangen kann, d. h. ob die Frau auch mit ihrem Vermögen haftet.

Wie gegen jede andere Person kann der Mann natürlich wegen etwa begangener unerlaubter Handlung der Frau, z. B. gemäß § 823 oder § 826 BGB gegen sie vorgehen [2]).

Aber die Eigenart der Rechte des Mannes weist auch noch auf eine andere Möglichkeit hin, den durch ihre Verletzung entstandenen Schaden geltend zu machen. Es handelt sich um Rechte, die ihm nur gegen eine bestimmte Person, nämlich gegen seine Frau, zustehen. Die Frau schuldet dem Mann ihre Dienste, d. h. seine Forderung geht auf eine Leistung, die Vermögenswert hat. Nun besteht zwar ein Unter-

1) Ebensowohl im § 1357, dessen Bestimmungen über die Schlüsselgewalt doch unbestritten auch vermögensrechtlichen Inhalt haben. Vgl. auch Enneccerus, Anm. 39 zu § 31 VII.

2) Vgl. Staudinger Bem. 3 zu 1356; RG in JW 05 S. 431 ff.

schied zwischen den einfachen Vermögensrechten und denjenigen Rechten der Ehegatten, die Vermögenswert haben. Die ersteren sollen zur Befriedigung der Bedürfnisse einer Person dienen, die letzteren dagegen sind nur als Mittel anzusehen, um die dauernde Lebensbeziehung der beteiligten Personen zu sichern [1]). Da aber der Mann, wie der gewöhnliche Gläubiger vom Schuldner, von der Frau eine Leistung zu fordern hat (vgl. § 241 BGB), ist es gleichwohl einwandfrei, sein Recht wie ein Forderungsrecht zu behandeln. Dabei macht es nichts aus, daß das Recht nicht durch Parteivereinbarung entstanden ist, sondern sich kraft gesetzlicher Bestimmung ohne den Willen der Ehegatten als Folge der Eheschließung ergibt. Somit können die allgemeinen Regeln, die für sämtliche Schuldverhältnisse gelten, auch hier zur Anwendung kommen, sodaß der Ehemann den gleichen Schutz genießt, wie das Gesetz ihn jedem „Gläubiger" gewährt [2]).

Ein Schaden kann dem Mann dadurch entstehen, daß die Frau ihre Dienste entweder zu spät zur Verfügung stellt oder sie ihm überhaupt vorenthält. Die schuldhaft auf diese Weise ihre Pflicht verletzende Frau wird den Schaden zu tragen haben entweder als Folge des „Verzugs" (§§ 284, 286 BGB) oder der „Unmöglichkeit" (§ 280 BGB) [3]). Welche dieser Regeln für die Begründung eines Ersatzanspruchs herangezogen werden können, hängt von dem einzelnen Fall ab. Es ist zwar Joerges darin Recht zu geben, daß Verzug vorliegt von dem Gesichtspunkte aus, daß die Verpflichtung zu Arbeiten als ganze besteht; denn als ganze genommen besteht die Verpflichtung der Frau zu jeder Zeit. Wenn sie also eine Zeitlang diese ihre allgemeine Pflicht versäumt, so besteht doch für sie immer die Möglichkeit, wieder zu leisten. Die Leistung als solche ist ihr nicht unmöglich gemacht. Aber praktisch führt diese Feststellung zu keinem Resultat; denn die Schadensersatzklage des Mannes kann nicht erfolgen wegen einer allgemeinen Pflichtenverletzung, sondern wegen Verletzung eines besonderen Teils dieser Dauerpflicht. Und da wird meistens Unmöglichkeit der Leistung vorliegen; denn die einzelnen besonderen Pflichten der Frau sind so geartet, daß sie sich nicht nachholen lassen. Sie zeichnen sich durch eine gewisse Dringlichkeit aus. Für ihre Erfüllung ist es daher wesentlich, daß sie gerade an dem Tage, in dem Zeitpunkt vorgenommen werden. Eine spätere Leistung ist nicht mehr die Leistung, diese ist der Frau unmöglich gemacht. Sie kann z. B. nicht die in der Vergangenheit notwendig gewesenen Mahlzeiten hinterher zubereiten.

1) Vgl. Enneccerus, Allgem. Teil § 71 II.

2) a. M. v. Tuhr a. a. O. Bd. I S. 146. Er hält den Mann (Anm. 48) nur für berechtigt, Schadensersatz von einem Dritten zu verlangen, der ihm durch unerlaubte Handlung die Dienste seiner Frau entzieht (§ 845 BGB). Einen Ersatzanspruch gegen die Frau selbst verneint er dagegen völlig. — Wie v. Tuhr auch die auf S. 65 Anm. 5 Genannten.

3) Vgl. Joerges a. a. O. S. 116 f.; Wetzel, a. a. O. S. 129. Wetzel nimmt nicht, wie Joerges sagt, Unmöglichkeit an, sondern Verzug (S. 129 § 4 Abs. 2).

Es sind natürlich auch Fälle des Verzugs denkbar, so besonders bei Arbeiten im Geschäft des Mannes, wenn z. B. die Mitarbeit der Frau nur darin besteht, bestimmte Sachen anzufertigen. Hier ist durch Wiederaufnahme der Tätigkeit nachträgliche Lieferung möglich.

Eine Haftung für den Schaden, der durch eine verspätete wie auch durch unmöglich gewordene Leistung entstanden ist, tritt nur dann ein, wenn der Schuldner den Umstand, der den Verzug oder die Unmöglichkeit herbeiführte, „zu vertreten" hat (§§ 280, 285 BGB), d. h. wenn ihn Verschulden trifft. Schuldig ist der, der vorsätzlich oder fahrlässig handelt (§ 276 BGB). Die Ehegatten nun haben „bei der Erfüllung der sich aus dem ehelichen Verhältnis ergebenden Pflichten einander nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen" (§ 1359 BGB); d. h. der Maßstab, nach dem das Vorliegen der Fahrlässigkeit beurteilt wird, ist hier ausnahmsweise subjektiv und konkret [1]). Eine Haftung wegen grober Fahrlässigkeit bleibt jedoch bestehen gemäß § 277 BGB [2]).

Dieses Schuldprinzip kommt nicht in Frage, wenn die Ehegatten getrennt leben und die Frau aus dem Grunde die ihr durch den § 1356 auferlegten Arbeiten nicht verrichtet. Hier kommt es für eine Haftung der Frau darauf an, ob sie zum Getrenntleben berechtigt ist oder nicht. Falls der Mann die Gemeinschaft ohne Grund aufgehoben hat, ist die Frau von ihren Pflichten aus § 1356 befreit [3]) und haftet somit nicht für den dem Mann durch die Trennung entstandenen Schaden (§ 275 BGB). Anders, wenn die Trennung unberechtigterweise durch die Frau veranlaßt wird. In dem Falle hat sie dem Mann den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen (§§ 280, 251 BGB) [4]).

Der Verschuldensgrundsatz der §§ 276, 277 i. V. m. § 1359 greift aber überall da ein, wo die Frau trotz bestehender Gemeinschaft ihre Pflichten nicht erfüllt oder schlecht erfüllt.

Die Gegner der hier vorgetragenen Meinung über die Zulassung eines Schadensersatzanspruchs unter Ehegatten geben keine eingehende Begründung für ihre Ablehnung [5]). Eine Ersatzklage auf Grund unerlaubter Handlung wird von ihnen zwar anerkannt, aber für einen Ersatzanspruch aus anderem Rechtsgrunde scheinen sie die Bedenken der Praxis zu teilen, wie sie in einem Urteil des Reichsgerichts [6]) ausgesprochen sind: „Da die aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden Verpflichtungen wesentlich sittlicher Natur seien, habe das Gesetz als Rechtsbehelf für ihre Verletzung nicht eine Schadensersatzklage sondern die Herstellungs- oder gegebenenfalls die Scheidungsklage eingeräumt".

1) Gegensatz: § 276 BGB Satz 2.
2) Vorsätzliche Schädigung ist niemals entschuldbar.
3) Vgl. oben S. 62.
4) Vgl. auch Joerges a. a. O. S. 117.
5) So z. B. Wolff § 32 Anm. 44; Staudinger Anm. 3 zu § 1356; Goldmann-Lilienthal § 9 VI 4; v. Thur, Bd. I S. 146.
6) Vgl. JW 1905 S. 431.

Was die Erfüllung der einzelnen Gemeinschaftspflichten betrifft, so stehen auch wir, wie ausgeführt, auf dem Standpunkt, daß sie nur im Wege der Herstellungsklage begehrt werden kann; denn es widerstreitet anerkanntermaßen dem Wesen der Ehe, die Durchführung der Pflichten zwangsweise zu bewirken, wie es bei der gewöhnlichen Klage möglich ist. Für die Dienstleistungen der Frau muß, obgleich sie Geldwert haben, derselbe Grundsatz gelten denn die Frau kann ja nur „erfüllen" bei bestehender häuslicher Gemeinschaft; aber zum Zusammenleben dürfen die Gatten nicht gezwungen werden.

Diese Gründe aber reichen nicht aus zur Verneinung einer einfachen Zivilklage auf Ersatz des Vermögensschadens, den der Mann durch willkürliche Entziehung der weiblichen Arbeitskraft durch die Frau erlitten hat.

Man kann diese Klage auch nicht einfach mit dem Einwand ablehnen, daß das Hineinziehen der inneren Verhältnisse des Ehelebens in einen sonstigen Rechtsstreit dem Charakter der Ehe als eines vorwiegend sittlichen Instituts widerspreche [1]). Folgerichtig müßten unsere Gegner dann auch dem Ehegatten die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen aus unerlaubten Handlungen absprechen.

Das Gesetz hat außerdem selbst die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche unter den Ehegatten mit der gewöhnlichen Klage zugelassen. So kann z. B. eine Klage auf Unterhaltsleistung erfolgen vor dem Amtsgericht [2]). Auch hier läßt es sich doch nicht vermeiden, daß über die inneren Eheangelegenheiten verhandelt wird.

Ebensowenig stichhaltig ist ein etwaiger Hinweis darauf, daß ein Prozeß die eheliche Gemeinschaft gefährden werde; denn der eheliche Frieden ist immer schon erheblich gestört, wenn die Eheleute dazu schreiten, die Hilfe des Gerichts anzurufen. „Der Rechtsstreit ist hier die Folge, nicht die Ursache des untergrabenen Friedens" [3]).

Der Frau steht ein Anspruch auf Entgelt für ihre Dienstleistungen gemäß § 1356 nicht zu. Sie erfüllt lediglich eine ihr gesetzlich obliegende Pflicht. Aus der Zusicherung von Entgelt allein kann noch nicht darauf geschlossen werden, daß der Mann „insoweit eine Verpflichtung der Frau im Sinne von § 1356 Abs. 2 nicht für gegeben erachtet" [4]); denn die subjektive Meinung des Mannes ist nicht allein entscheidend dafür, ob er Dienste von der Frau verlangen kann; es kommt außerdem darauf an, ob eine Tätigkeit der Frau in den Verhältnissen, in denen die Gatten leben, üblich ist. Soweit also die Tätigkeit der Frau nicht über das „Uebliche" hinausgeht, ist die Ver-

---

1) Vgl. Strupp a. a. O. S. 13, der für die Durchsetzung auch eines nichtdeliktischen Schadensersatzanspruches eintritt.

2) Vgl. § 23 GVG. Für die Ehesachen dagegen ist LG ausschließlich zuständig, § 606 ZPO.

3) So treffend Strupp a. a. O. S. 18.

4) So RGE Bd. 64 S. 328.

gütung, die ihr der Mann dafür gewährt, als Schenkung anzusehen [1]). Daraus folgt, daß die Frau aus einem Lohnversprechen des Mannes nur dann auf Erfüllung klagen kann, wenn es gemäß § 518 BGB gerichtlich oder notariell beurkundet worden ist.

Eine andere Rechtslage ergibt sich, wenn die Frau über das Maß der gesetzlichen Verpflichtung hinaus tätig wird. Wenn sie aus dem Grunde Ansprüche gegen den Mann geltend macht, ist zu unterscheiden, ob Lohnvereinbarungen zwischen den Gatten getroffen sind oder nicht. Im ersten Fall liegt ein Dienstvertrag vor, der den Mann zur Gewährung der vereinbarten Vergütung nach § 611 BGB verpflichtet [2]). Bei Bestreiten des Mannes, daß es sich hier um die Mehr-Dienste, für die er Lohn zu zahlen habe, handelt, hat der Richter zu prüfen, ob die Frau mehr als das in ihren Verhältnissen Uebliche geleistet hat.

Dagegen kann man in einer Mehr-Arbeit der Frau ohne vorherige Abrede mit dem Mann eine Geschäftsführung ohne Auftrag erblicken [3]). In dem Falle kann sie zwar nach § 683 BGB Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen; aber eine Vergütung für ihre Tätigkeit steht ihr grundsätzlich nicht zu. Ein angemessenes Entgelt wird ihr jedoch zuzusprechen sein. Der Gedanke Oertmanns [4]), der Frau an den „Ersparungen des durch Arbeit erworbenen Einkommens" einen Anteil zu geben, falls sie den Erfolg durch ihre Arbeit mit verwirklicht hat, ist praktisch geworden in einem Urteil des Kammergerichts [5]). Dort ist der Frau ein Anteil am Geschäftsverdienst zuerkannt, ohne daß eine vorherige Abmachung bestand [6]).

Ob der § 1356 auch noch zu weiteren rechtsgeschäftlichen Abmachungen unter den Ehegatten Raum läßt, kann fraglich sein. Wohl kann vertraglich eine genaue Regelung sowohl der Hausleitungsgewalt als auch der Arbeitspflicht erfolgen [7]). Aber einen völligen Verzicht auf die Rechte aus § 1356 wird man auch hier nicht annehmen dürfen. Auf jeden Fall ist bei einer späteren Geltendmachung der Rechte zu untersuchen, ob die Verhältnisse sich geändert haben [8]), ob nicht die Tätigkeit der Frau „jetzt" zur Aufrechterhaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft geradezu Bedingung ist. Anderenfalls kann ein Mißbrauch des Entscheidungsrechts des Mannes gegeben sein, wenn die Frau z. B.

---

1) Das ist allgemeine Ansicht. — Dieser Erwerb der Frau fällt daher nur dann in ihr Vorbehaltsgut, wenn vom Manne ausdrücklich bestimmt (§ 1368 BGB).

2) Was die Frau für diese Tätigkeit vom Manne erwirbt, wird gemäß § 1367 BGB Vorbehaltsgut.

3) Vgl. Oertmann, DJZ 1911 S. 125.

4) a. a. O. 129.

5) JW 1921 S. 635 ff.

6) Für die Anerkennung eines solchen Anspruchs der Frau spricht sich auch Wierusowski (JW 1921 S. 635 Anm. 1) aus. Er nennt die Entscheidung „ein billigenswertes und erfreuliches Ergebnis".

7) Vgl. Staudinger, Bem. 7 zu 1356; Opet Bem. 9 zu 1356.

8) Vgl. Breslauer S. 44 ff.

auf Grund des Verzichtsvertrages einen Beruf angefangen hat, und der Mann sich nun grundlos auf den § 1356 BGB beruft.

§ 11. Die Schlüsselgewalt der Ehefrau nach § 1357 BGB.

Der § 1357 BGB ist nach zwei Richtungen hin bedeutungsvoll: einmal enthält er eine Erweiterung der der Frau nach § 1356 zustehenden Hausleitungsgewalt, indem er ihr das Recht verleiht, auch Geschäfte außerhalb des Hauses zu besorgen, soweit nämlich der häusliche Wirkungskreis reicht [1]). Sodann erhält die Handlungsbefugnis der Frau, zu der sie dem Manne gegenüber berechtigt ist, ihre praktische Bedeutung durch die ihr eingeräumte Macht, den Mann Dritten gegenüber zu vertreten. Diese Besorgnis von Geschäften innerhalb des häuslichen Wirkungskreises, verbunden mit dem Recht, den Mann zu vertreten, ist die sog. Schlüsselgewalt.

Es berührt zunächst eigenartig, daß im Gesetz der Ausdruck „Geschäfte des Mannes" gewählt ist, handelt es sich doch um alle die Geschäfte, die der Ehegemeinschaft dienen; aber einen Grund für diesen Ausdruck kann man darin erblicken, daß in erster Linie der Mann sowohl den Unterhalt wie den ehelichen Aufwand zu besorgen hat. Dann ist aber der Mann im Sinne der Arbeitsteilung entlastet worden. Was ferner das Verhältnis nach außen betrifft, ist der Standpunkt des BGB der, daß nur einer der Ehegatten dem Dritten für die Gemeinschaftsgeschäfte haften soll und zwar der Mann [2]). Vom Dritten aus gesehen sind es also „Geschäfte des Mannes", zu deren Vornahme die Frau folglich einer Vertretungsbefugnis bedarf [3]). Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bei der Auslegung des § 1357 das Innenverhältnis von dem Außenverhältnis scharf zu unterscheiden ist.

Die Geschäftsbesorgungsbefugnis der Frau bezieht sich nur auf Geschäfte „innerhalb des häuslichen Wirkungskreises". Gegenstand unserer Erörterung muß also zunächst sein festzustellen, was zum häuslichen Wirkungskreis gehört und wann dieser besteht oder zu bestehen aufgehört hat. Der nach unserer Ansicht [4]) bestehende enge Zusammenhang der Schlüsselgewalt mit der Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens wird bestritten von Joerges [5]); aber unsere Auffassung findet

---

1) Die Besorgung derjenigen Geschäfte, die zur Durchführung der Leitung direkt im Hause vorzunehmen sind, ergibt sich schon aus § 1356.

2) Die Frage, wie die Gatten untereinander einen Ausgleich vorzunehmen haben, hängt von ihren güterrechtlichen Beziehungen ab, die wir nicht zu erörtern haben.

3) Vgl. auch Scriba S. 75 f. Anders Wieruszowski S. 40, der annimmt, der § 1357 gebe der Frau nur ein Recht zu solchen Maßnahmen, die auch der Mann bei verständiger Würdigung des Falles getroffen haben würde. Eine solche Auslegung würde dahin führen, daß der Dritte jedesmal erst zu prüfen hätte, ob solche Voraussetzungen vorhanden wären. Außerdem hätte es dann der Hinzufügung des Abs. 2 kaum bedurft.

4) Vgl. auch Wieruszowski S. 41; Staudinger Bem. 1 zu § 1357; Planck Bem. 1 zu § 1357; Wolff § 43; zu eng Opet, Bem. 1 und 2 zu § 1357.

5) a. a. O. S. 85 ff.

schon ihre Rechtfertigung in der Entstehungsgeschichte der Schlüsselgewalt [1]). Daraus ergibt sich ganz deutlich, daß die Wurzel der Schlüsselgewalt in dem gemeinsamen Hauswesen liegt, was von Joerges als „durchaus verfehlt“ bezeichnet wird. Es wäre allerdings verfehlt, wollte man das Hauswesen mit dem häuslichen Wirkungskreis identisch erklären; aber wir haben am Anfang dieses Abschnittes schon darauf hingewiesen, daß der § 1357 die Geschäftsbesorgungsrechte der Frau erweitere. Der Begriff des gemeinschaftlichen Hauswesens ist enger als der des ganzen häuslichen Wirkungskreises. Der häusliche Wirkungskreis umfaßt alles, was der Durchführung und Gestaltung der Lebensgemeinschaft dient, alles, was für den gemeinschaftlichen ehelichen Aufwand erforderlich ist [2]). Aber es ist zu beachten, daß es sich um einen Kreis handelt, in dem die Frau zu „wirken“ hat, es kommt also darauf an, wie weit er gerade ihr überlassen ist. Zugewiesen ist ihr durch die im Gesetz vorgenommene Arbeitsteilung die Leitung des Hauswesens. Für weitere Geschäftsbesorgungen sind ihre besonderen Fachkenntnisse maßgebend [3]), sodaß der häusliche Wirkungskreis keineswegs für alle Ehen gleich ist. Da also das gemeinsame Hauswesen nicht allein ausschlaggebend ist, ist z. B. ein häuslicher Wirkungskreis auch dann vorhanden, wenn die Ehegatten im Hotel, einer Pension oder bei den Eltern miteinander leben, wenn sie also trotz bestehender häuslicher Gemeinschaft kein eigenes Hauswesen unterhalten.

Hiernach hat es den Anschein, als ob die häusliche Gemeinschaft wesentliche Voraussetzung ist für einen häuslichen Wirkungskreis, daß also von einem solchen nicht mehr die Rede sein kann, wenn diese Gemeinschaft aufgehoben ist [4]). Man wird aber die einzelnen Trennungsfälle nicht unterschiedslos behandeln dürfen. Die Lage ist anders, wenn der Mann sich aus der häuslichen Gemeinschaft entfernt, als wenn die Frau die Trennung vollzieht. Im ersten Fall läßt der Mann die Frau in dem häuslichen Wirkungskreis zurück, der sich dann zwar nicht mehr auf die Ehegattengemeinschaft erstreckt, aber auf alles das, was aus der Gemeinschaft hervorging und um ihretwillen vorhanden ist. Der häusliche Wirkungskreis besteht also trotz aufgehobener Gemeinschaft fort, sodaß die Frau die Geschäfte des Mannes weiter für ihn besorgen kann, falls er nicht von seinem Ausschließungsrecht gemäß § 1357 Abs. 2 Satz 1 Gebrauch macht. In der Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft kann natürlich schon ein Ausschluß des Frauenrechts erblickt werden; aber das braucht nicht in jedem Fall so zu sein, wie Joerges meint [5]).

---

1) siehe oben S. 12.

2) Joerges kommt, trotzdem er unseren Ausgangspunkt bekämpft, zu dem gleichen Ergebnis. — Eine Aufzählung aller Handlungen der Frau, die innerhalb des häuslichen Wirkungskreises liegen, gibt Hörle S. 130 ff.

3) So Leonhard, Lehrb. S. 154.

4) Ueber das Vorliegen der häuslichen Gemeinschaft bei zeitweiligem, auch längerem Getrenntleben der Ehegatten siehe oben S. 26.

5) a. a. O. S. 121.

Anders ist es bei der durch die Frau herbeigeführten Trennung. Damit hat für sie der Kreis, in dem sie für die Gemeinschaft zu wirken hatte, zu bestehen aufgehört. Die Grundlage der Geschäftsbesorgung für den Mann ist somit weggefallen [1]) [2]).

Es ist streitig, wie das Innenverhältnis der Gatten zu regeln sei; denn das Gesetz enthält eine Bestimmung hierüber nicht. Aber sowohl im Entwurf I wie in den Motiven [3]) und Protokollen [4]) wird entsprechende oder analoge Anwendung der Regeln des Auftrags als selbstverständlich vorausgesetzt. Diese Ansicht ist herrschende Lehre. Sie findet außerdem einen Stützpunkt in dem Ausdruck „Geschäftsbesorgung" des § 1357. Ihre Gegner [5]) behaupten jedoch, daß das Innenverhältnis der Gatten sich allein aus den Grundsätzen der §§ 1353 und 1356 BGB bestimme. Einerseits begründen sie ihren Einwand damit, es entspreche mehr dem deutschen Rechtsgedanken, dieses Rechtsverhältnis als ein auf familienrechtlicher Grundlage beruhendes aufzufassen, das durch das sittliche Wesen der Ehe beeinflußt sei; andererseits mit dem Hinweis, daß der Beauftragte seine Dienste fremden Interessen leihe, wogegen die Frau gemeinschaftliche Angelegenheiten zu besorgen habe.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten: zu der Auffassung, das Frauenrecht im § 1357 habe seinen Ausgangspunkt in der persönlichen Beziehung der Ehegatten, steht es in keinem Widerspruch, wenn gewisse Regeln des Auftrags entsprechend angewendet werden. Man hält doch auch schuldrechtliche Regeln auf die Dienstpflichten der Frau aus § 1356 für anwendbar. Ebenso wie sie ist die Geschäftsbesorgung der Frau nicht rein persönlicher Natur; sie hat zugleich auch eine vermögensrechtliche Seite. Daß die geforderte Anwendung sich nicht auf alle Bestimmungen des Auftragsrechts beziehen kann, erhellt schon daraus, daß dieses seinen Ursprung in einem Vertrage hat, während das Geschäftsbesorgungsverhältnis der Ehegatten gesetzliche Ehefolge ist [6]) [7]).

Ferner, was den zweiten Einwand betrifft, so läßt sich eine entsprechende Anwendung der Auftragsregeln damit rechtfertigen, daß die für die Gemeinschaft erfolgende Tätigkeit der Frau ja in einem Teil tatsächlich ein Handeln für einen anderen ist. Die h. M., der wir uns somit anschließen, läßt sich außerdem noch darauf stützen, daß die von ihr vertretene Regelung den Lebensbedürfnissen entgegenkommt; denn die Vorschriften der §§ 1353, 1354, 1356, 1357 allein kann man als ausreichend nicht ansehen. So bedarf es besonders der ergänzenden

1) Was für das Außenverhältnis gilt, wird weiter unten erörtert.
2) Wie hier auch Menzel a. a. O. S. 612.
3) Mot. IV S. 118.
4) Prot. IV S. 107.
5) Neustadt a. a. O. S. 216 ff.; Strübe a. a. O. S. 168; Scriba a. a. O. S. 76 f.
6) Vgl. Wolff, § 43 III 1.
7) Nicht anwendbar sind deshalb die §§ 671—673, nicht ferner 662, 663, 665; z. T. nur 664.

Bestimmungen der §§ 667 und 670 BGB, sodaß die Frau nötigenfalls im Klagewege Wirtschaftsgeld und Ersatz ihrer Aufwendungen verlangen kann. Der Maßstab für die Haftung der Frau ist auch hier, wie im § 1356, der § 1359 und nicht § 276 [1]). Soweit die Frau das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten hat, ist sie zur Besorgung der dazu erforderlichen Geschäfte gemäß § 1356 auch verpflichtet [2]).

Im Verhältnis zu Dritten „gelten Rechtsgeschäfte, die die Frau innerhalb des häuslichen Wirkungskreises vornimmt, als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt" (§ 1357 Abs. 1 Satz 2). Durch diese Vorschrift ist zunächst der Umfang des Vertretungsrechts der Frau gekennzeichnet, der mit dem der Geschäftsbesorgungsbefugnis übereinstimmt. Obwohl das Gesetz ein allgemeines Vertretungsrecht der Ehegatten füreinander nicht anerkennt, ist hier doch zugunsten einer möglichst freien unbehinderten Wirtschaftsführung der Frau eine Ausnahme gemacht. Soweit der Kreis sich erstreckt, innerhalb dessen die Frau Geschäfte für den Mann zu besorgen berechtigt ist, steht ihr auch eine gesetzliche Vertretungsmacht zu. Es können also alle Vorschriften über die Vertretung (§§ 164 ff.) angewendet werden, es sei denn, daß sie sich nur auf die Vollmacht beziehen. Nur wenn die Umstände ergeben, daß die Frau nicht im Namen des Mannes handeln wollte, oder wenn sie dieses ausdrücklich bestimmt, wird sie selbst berechtigt und verpflichtet [3]). Da Klagen zwischen dem Ehemann und dritten Personen nicht Gegenstand unserer Erörterung sind, kann eine Untersuchung der Folgen der Rechtsgeschäfte, die die Frau als Vertreterin des Mannes abgeschlossen hat, hier unterbleiben.

Durch § 1357 Abs. 2 Satz 1 ist dem Manne das Recht gegeben, die Schlüsselgewalt der Frau zu beschränken oder auszuschließen als Folge seines Entscheidungsrechts. Er kann also sowohl festsetzen, daß die Schlüsselgewalt sich nur auf ganz bestimmte Geschäfte erstrecken und in genauen Geldgrenzen halten soll; aber er kann der Frau ihre Ausübung auch gänzlich untersagen. In beiden Fällen genügt eine formlose Erklärung an die Frau. Auch den Dritten gegenüber ist eine solche hinreichend; das besagt der Hinweis in § 1357 Abs. 2 Satz 3 auf den § 1435. Danach muß der Dritte Beschränkung wie Ausschließung gegen sich gelten lassen, „wenn sie ihm bekannt waren". Da der Mann jedoch oft nicht in der Lage sein wird, jedem Dritten die

---

1) Vgl. Hörle S. 133 ff; Wolff, § 43 III 1; Goldmann-Lilienthal S. 65 Anm. 25; Staudinger Bem. 3 a β zu § 1357; OLGE Bd. 26 S. 212 ff. — Hachenburg, DJZ 1913 S. 1424 meint zu der letztgenannten Entscheidung, in nichtjuristischen Kreisen werde es wohl kaum der Konstruktion des Auftrages und des Vorschusses hierzu bedürfen; aber dem Urteil stimmt er zu, da eine andere Behandlung der Frau der Auffassung vom Wesen der Ehe und des ihr zugrundeliegenden beiderseitigen Vertrauens unwürdig erscheine.

2) Vgl. Wieruszowski, S. 39 Anm. 7; Scriba S. 77.

3) Ausnahme von § 164 Abs. 2.

notwendigen Erklärungen abzugeben und eine öffentliche Bekanntmachung zu seiner Entlastung nicht genügt, weil der Dritte sich dann auf Unkenntnis berufen kann, ist die Sicherung des Mannes am größten, wenn er die Aenderung der Schlüsselgewalt in das Güterrechtsregister eintragen läßt (§ 1435). Josef[1]) hält eine Ausschließung der Schlüsselgewalt der Frau gegenüber schon für erfolgt durch den vom Mann herbeigeführten Registereintrag, sodaß es keiner weiteren Erklärung seinerseits an sie mehr bedürfe. Das ist nur dann richtig, wenn ihr die bewirkte Registereintragung bekannt ist. Falls sie aber in der Ueberzeugung, noch Vertreterin des Mannes zu sein, Geschäfte, die in den Bereich ihrer Schlüsselgewalt gehören, abschließt, müssen zwar die Vertragsgegner die Ausschließung der Schlüsselgewalt gegen sich gelten lassen und können somit jetzt nur von der Frau Zahlung verlangen. Der Mann ist der Frau aber gemäß § 670 BGB zum Ersatz der geleisteten Zahlung verpflichtet[2]). In den bei Josef erwähnten Fällen, wo die Frau aus berechtigtem oder unberechtigtem Anlaß den Mann verlassen hat, genügt natürlich ein Eintrag in das Güterrechtsregister; denn dann ist die Frau ohnehin nicht mehr zur Ausübung der Schlüsselgewalt berechtigt, da die Grundlage dafür, nämlich der der Gemeinschaft dienende häusliche Wirkungskreis, fehlt[3]).

Gegen eine mißbräuchliche Beschränkung oder Aufhebung der Schlüsselgewalt ist die Frau geschützt gemäß § 1357 Abs. 2 Satz 2. Es fällt auf, daß hier ein anderes Schutzmittel zur Verfügung gestellt ist als in den bisher in Rede stehenden Bestimmungen des persönlichen Eherechts, nach denen die Folgepflicht bei vorliegendem Mißbrauch des Mannes einfach entfällt. Gerichtlicher Schutz kann dort zwar auch angerufen werden, aber nur in einem umständlichen Prozeß. Hier jedoch muß die Frau, um eine Aufhebung des Ausschlusses der Schlüsselgewalt zu erreichen, einen Antrag an das Vormundschaftsgericht stellen.

Die darin liegende Erschwerung für die durch den Mißbrauch betroffene Frau erklärt sich aus der Wirkung des Ausschlusses der Schlüsselgewalt auf Dritte. Die Frau ist ihrer Vertretungsmacht beraubt und eine Behauptung ihrerseits, daß darin ein Mißbrauch des Mannes liege, ist Dritten gegenüber wirkungslos[4]). Darum bedarf die Frau hier eines besonderen Schutzes, der ihr in Gestalt einer Verfügung des Vormundschaftsgerichts gewährt werden kann. Auf Grund einer mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehenen Verfügung kann sie die Löschung des etwa erfolgten Registereintrags bewirken[5]).

Andererseits aber ist mit der Zulassung der Hilfe des Vormundschaftsgerichts eine bedeutende Erleichterung für die gerichtliche Geltend-

---

1) Recht 1908 S. 441 f.
2) Gegen Josef, aber ohne Begründung, auch Staudinger Bem. 5 b zu § 1357.
3) Vgl. oben S. 69, 70.
4) Vgl. § 1357 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1435 BGB.
5) Vgl. §§ 1561 Abs. 3 Satz 1 BGB und 31 FGG.

machung des Mißbrauchs geschaffen werden, die sich darauf zurückführen läßt, daß es sich bei der Schlüsselgewalt regelmäßig um Beschaffung täglicher und wiederkehrender Bedürfnisse handelt, sodaß ein sofortiger, ohne großen Aufwand zu erlangender Schutz geboten und wünschenswert ist.

Ob dem Antrag der Frau stattzugeben ist, hat der Richter nach freiem Ermessen zu entscheiden, wobei er die gesamten Lebensverhältnisse der Ehegatten und die einzelnen Umstände, die den Mann zu seiner Entscheidung veranlaßten, genau in Betracht ziehen muß. Dabei kommt es auch darauf an, ob die Umstände dieselben geblieben sind oder sich inzwischen geändert haben. Berechtigt erscheint der Mann zu einer so eingreifenden Maßnahme nur, wenn der Frau erhebliche Fehler bei der Ausübung der Schlüsselgewalt vorzuwerfen sind [1]).

Falls das Vormundschaftsgericht sich gegen den Mann entscheidet, kann es die Ausschließung der Schlüsselgewalt entweder gänzlich aufheben oder auch sie mildern; nur darf es nicht völlig andere Anordnungen statt der vom Mann getroffenen erlassen, da damit dem Manne das ihm gebührende gesetzliche Entscheidungsrecht genommen würde [2]). Diese Folgerung ergibt sich aus dem Wort „kann". Damit ist einerseits dem Vormundschaftsgericht ein Spielraum geschaffen worden insofern, als es nicht die Beschränkung oder Ausschließung der Schlüsselgewalt, falls es sie auf Mißbrauch beruhend ansieht, aufheben muß, sondern auch nach Gutdünken Aenderungen an den Anordnungen des Mannes unter Wahrung seiner Rechte vornehmen kann. Andererseits kann der Vormundschaftsrichter den Antrag der Frau trotz bestehendem Mißbrauchs überhaupt ablehnen, weil ihm vielleicht scheint, daß der eheliche Frieden so umso sicherer herbeigeführt werde [3]).

Durch die Aufnahme des § 1357 Abs. 2 Satz 2 ist die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens keineswegs ausgeschlossen, wie manche Schriftsteller meinen [4]). Der Schutz des Vormundschaftsgerichts ist m. E. einmal als einfacheres Mittel für leichtere Fälle der Störung des ehelichen Verhältnisses gedacht [5]) und andererseits dazu, um die subjektive Meinung der Frau, daß sie Mißbrauch erleide, in objektiver Weise zu unterstützen, was, wie oben gesagt, hier besonders wichtig ist. Diese Hilfe reicht aber stets dann nicht aus, wenn das eheliche Leben durch grundlose Entziehung der Schlüsselgewalt erheblich gestört ist. Dann würde die Anrufung des Vormundschaftsgerichts wenig nützen, da es sich garnicht mehr allein um die unbehinderte Ausübung der Schlüsselgewalt handelte. Auch der Hinweis auf die Scheidung gibt hier kein Resultat; die Scheidung ist wohl eine letzte Möglichkeit, aber kein Schutz, um die Ehe aufrechtzuerhalten.

---

1) Vgl. Hörle a. a. O. S. 144.
2) Vgl. auch Staudinger, Bem. 5 b β zu § 1357.
3) Vgl. Wieruszowski S. 33 zu Anm. 41.
4) So Endemann § 170 Anm. 40; Wolff, § 43; Joerges S. 45 ff.
5) Aehnlich Gauß S. 47.

Die Notwendigkeit[1]) der Herstellungsklage wird meistens damit begründet, daß man den „ewigen Zirkel" vermeiden müsse, der dadurch entstehe, daß der Mann sofort nach Aufhebung seiner „mißbräuchlichen" Maßnahme durch den Richter erneut der Frau die Schlüsselgewalt entziehen und diese Maßnahme wieder eintragen lassen könne. Dieser Zustand läßt sich endgültig aber auch nicht durch die Herstellungsklage beseitigen, da „hilft" letzten Endes auch nur die Scheidung. Scriba[2]) ist zwar im Recht mit seiner Ansicht, daß Satz 2 des § 1357 Abs. 2 eine Einschränkung des Satz 1 bedeute; denn wenn einmal ein Mißbrauch des Mannes festgestellt ist durch den Vormundschaftsrichter, so kann er sein Recht aus § 1357 Abs. 2 Satz 2 nicht mehr auf dieselbe Weise geltend machen, ihm haftet ja von vornherein der Makel des Mißbrauchs an. Erst wenn andere Gründe hinzukommen, die ihm Anlaß geben, gegen die Frau einzugreifen, kann auf seinen Antrag der Beschluß des Vormundschaftsgerichts wieder aufgehoben werden. Damit ist aber noch nicht die Möglichkeit eines neuen Registereintrags auf Veranlassung des Mannes beseitigt, denn die Prüfung des Registerrichters erstreckt sich nur darauf, ob den formellen Erfordernissen Genüge geschieht, nicht aber, ob die einzutragende Tatsache durch das materielle Recht gerechtfertigt ist.

Auch dem Mann wird die Herstellungsklage zu gewähren sein gegen das Verhalten der Frau, wenn sie z. B. durch rücksichtslose Ausübung ihres Rechts die Gemeinschaftspflichten verletzt oder trotz berechtigter Aufhebung der Schlüsselgewalt weiterhin Befugnisse ausübt, die ihr nicht mehr zustehen[3]).

Da die Frau in einem solchen Fall ohne gesetzliche Grundlage Geschäfte für den Mann besorgt, haftet sie für einen Schaden, den sie ihm dadurch zufügt, gemäß § 678 BGB. Außer dieser Klage auf Schadensersatz steht dem Mann aber auch bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Klage aus unerlaubter Handlung zu.

Zur Durchführung der Rechte aus § 1357 sind also verschiedene Rechtsbehelfe zulässig, es kann sowohl ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichts herbeigeführt werden wie auch zwecks Herstellung des ehelichen Lebens ein Eingriff des Prozeßgerichts. Maßgebend ist die Art und Schwere der Streitigkeiten und das Ziel, das erreicht werden soll. Sodann kann die Frau eine schuldrechtliche Leistungsklage erheben zur Erlangung des ihr zu gewährenden Wirtschaftsgeldes (§ 669 BGB), und schließlich stehen den Ehegatten noch Schadensersatzklagen zur Verfügung[4]).

---

1) Für ihre Zulässigkeit treten ein Staudinger, Bem. 5 b β zu § 1357; Planck, Bem. 12; RGRK, Bem. 6 zu § 1357; Goldmann-Lilienthal S. 67 Anm. 30; Hörle S. 145; Wieruszowski S. 47 u. a.

2) a. a. O. S. 95.

3) Vgl. Joerges S. 47.

4) Vgl. auch die Aufzählung der mannigfachen Rechtsbehelfe in der Entscheidung des OLG Braunschweig, Bd. 26 S. 212 ff.

Es bedarf noch der Erörterung, ob die Ehegatten die Bestimmungen des § 1357 rechtswirksam ausschließen können, so daß für ein Eingreifen des Gerichts nunmehr ihre vertraglichen Abmachungen maßgebend sind[1]). Staudinger hält abweichende Vereinbarungen schlechthin für nichtig, da der § 1357 zwingendes Recht enthalte[2]). Nach Opet[3]) ist nur eine vertragsmäßige Regelung über den Umfang der Schlüsselgewalt zulässig. Die letzte Meinung dürfte zutreffend sein.

Aber man wird noch einen Schritt weiter gehen dürfen, man wird auch Verträge, die einen Verzicht des Mannes oder der Frau auf ihre Rechte enthalten, gelten lassen dürfen; hier allerdings mit der Einschränkung, daß sie keinen Bestand haben, wenn die Verhältnisse sich ändern[4]).

Es ist nicht einzusehen, daß derartige Verzichtsverträge grundsätzlich den guten Sitten oder dem Wesen der Ehe zuwiderlaufen, wie oft angenommen wird. Die Rechte aus § 1357 bestehen zwar um der Ehe willen, aber sie sind nicht von solcher Art, daß sie einen Teil der Ehe selbst bedeuten. Bei ihrem Wegfall wird also die Ehe in ihrem Wesen nicht berührt.

Die obige Einschränkung muß trotzdem gefordert werden, weil Dauerverträge tatsächlich zu solchen gegen die guten Sitten verstoßenden w e r d e n können. Dann greifen die gesetzlichen Bestimmungen wieder ein. Diese Veränderungen hat der Ehegatte, der trotz bestehendem Verzichtsvertrages ein Eingreifen des Gerichts fordert, dazulegen.

§ 12. **Das Kündigungsrecht des Mannes nach § 1358 BGB.**

Durch die vom Gesetz gegebene Arbeitsteilung ist der Frau das Hauswesen als ihr eigentlicher Wirkungskreis zuerkannt. Da sie nun aber in ihrer Geschäftsfähigkeit grundsätzlich nicht beschränkt ist, kann sie Verbindlichkeiten eingehen, auf Leistung persönlicher Dienste, die u. U. die für die eheliche Lebensgemeinschaft notwendige Tätigkeit ganz oder teilweise zu beeinträchtigen vermögen. Um dieses zu verhüten, gibt der § 1358 dem Manne das Recht, in ein Vertragsverhältnis zwischen der Frau und Dritten einzugreifen. Der Mann kann das Rechtsverhältnis kündigen. Man kann das Kündigungsrecht als ein besonders gestaltetes Entscheidungsrecht (§ 1354 BGB) ansehen. Auch hier gilt die Entscheidung des Mannes den das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheit; denn seine Kündigung besagt: Die ehelichen Interessen erleiden eine Beeinträchtigung, darum verlange ich Aufhebung der ablenkenden Tätigkeit. Das Kündigungsrecht ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.

---

1) Dritten gegenüber hat eine andere als die gesetzliche Regelung nur Wirkung, wenn sie in das Güterrechtsregister eingetragen oder den Dritten bekannt ist.
2) Anm. 7 zu § 1357.
3) Anm. 7 zu § 1357.
4) **Vgl. auch Breslauer a. a. O. S. 50.**

Es bezieht sich nur auf jene von der Frau eingegangenen Verträge, die sie zu einer in eigener Person zu bewirkenden Leistung verpflichten, wie z. B. bei dem Dienstvertrag (§ 613), Auftrag (§ 664), Gesellschaftsvertrag (§ 713); aber auch bei einem Werkvertrag kann es darauf ankommen, daß gerade diese Person die Arbeit ausführt, weil sie besondere Fertigkeiten besitzt. Ueberdies kann in jedem Schuldverhältnis persönliche Leistung vereinbart werden.

Gleichgültig ist es für die Ausübung des Kündigungsrechts, ob die Frau ihren vertraglichen Verpflichtungen innerhalb der häuslichen Gemeinschaft nachkommen kann, z. B. als Gesanglehrerin, Schneiderin, oder ob sie außerhalb des Hauses, z. B. als kaufmännische Angestellte, Dienste zu leisten hat.

Das Kündigungsrecht erstreckt sich nur auf Verträge, die von der „Frau" eingegangen sind, also bei bereits bestehender Ehegemeinschaft [1]). Die vor der Verheiratung übernommenen Verpflichtungen werden regelmäßig, wenn auch stillschweigend durch den Eheabschluß, Zustimmung des Mannes gefunden haben. Anderenfalls kann er die Frau indirekt zur Aufgabe der Verpflichtungen veranlassen, wenn durch sie Gemeinschaftspflichten verletzt werden. Er muß in dem Falle die Herstellungsklage erheben [2]).

Voraussetzung ist ferner, daß die Ehegatten in häuslicher Gemeinschaft leben (§ 1358 Abs. 2 Satz 2). Bei aufgehobener häuslicher Gemeinschaft entfällt für die Frau die Pflicht, die ihr durch den § 1356 zugeteilte Arbeit zu verrichten, sodaß sie für andere Dienstleistungen frei ist. Da sie ihrer Gemeinschaftstätigkeit schon durch die Trennung entzogen ist, kann sie diese nicht mehr durch Leistungen gegenüber einem Dritten beeinträchtigen. Für eine Kündigung des Mannes ist somit gar kein innerlich gerechtfertigter Grund mehr vorhanden.

Anders ist die Lage indessen zu beurteilen, wenn die Frau die häusliche Gemeinschaft aufgehoben hat, um eine eingegangene Vertragsverpflichtung zu erfüllen. Dann beruht die Aufhebung auf dem Vertrage, der Vertrag ist die Ursache der Trennung und somit der Gemeinschaftsverletzung. Hier wird dem Manne daher ein Kündigungsrecht zustehen [3]).

Der Mann bedarf zur Kündigung einer Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts, die dieses erteilen muß [4]), „wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit die ehelichen Interessen beeinträchtigt". (§ 1358 Abs. 1 Satz 2). Das Vormundschaftsgericht kann nach freiem Ermessen entscheiden.

Das Gesetz gibt der Frau die Möglichkeit einer drohenden Kündigung zu entgehen, indem es das Kündigungsrecht des Mannes für ausge-

---

1) a. M. Strübe, S. 311 ff. bei Gruchot.

2) Vgl. auch Staudinger, Bem. 2 b zu § 1358; Scriba S. 83.

3) So auch Staudinger 2 c zu § 1358; Planck, Bem. 2 c zu § 1358; Wieruszowski S. 30; Scriba S. 84; OLG Bd. 43 S. 352. — a. M. Strübe bei Gruch. S. 310; Hörle S. 159; Joerges S. 124.

4) Wortlaut: „hat"!

schlossen erklärt, wenn er der Verpflichtung zugestimmt hat (§ 1358 Abs. 2 Satz 1). Die Vorschrift ist praktisch von großer Bedeutung, da sie der Frau eine ungehinderte Erwerbstätigkeit gewährleistet und die Bedenken dritter Personen in Hinsicht auf Rechtsverhältnisse mit verheirateten Frauen beseitigt. Diese müßten ja sonst stets einer sofortigen Aufhebung des Vertrages gewärtig sein.

Die Zustimmung, die sowohl vor wie nach Schließung des Vertrages erteilt werden kann, ist an eine Form nicht gebunden. Sie ist unwiderruflich, sodaß sie, wenn einmal gegeben, während der ganzen Vertragsdauer gilt. Wohl aber kann sie eine Bedingung oder Befristung enthalten. Regelmäßig werden die vertragschließenden Parteien vor Abschluß des Vertrages die Einwilligung des Mannes einholen, um somit eine Sicherheit der ungehinderten Vertragserfüllung zu haben. Dabei macht es nichts aus, wenn die Ehegatten getrennt leben. Auch an die bei aufgehobener häuslicher Gemeinschaft vom Manne erteilte Zustimmung ist er nach Wiederherstellung der Gemeinschaft gebunden [1]. Strübe behauptet dagegen, das Ruhen des Kündigungsrechts mache die Zustimmung zwecklos und ferner stehe ein „derartiges Sichbinden für die Zukunft mit der rechtlichen Natur des ehelichen Verhältnisses im Widerspruch". Der Zweck der Zustimmung ist jedoch leicht ersichtlich, wenn man bedenkt, daß die häusliche Gemeinschaft der Gatten jederzeit wieder hergestellt werden kann, sodaß die Grundlage für die Ausübung des Kündigungsrechts wieder vorhanden ist. Ebenso kann Strübe nicht zugegeben werden, daß die Zustimmung während der Trennung dem Wesen der Ehe widerspreche; denn durch jede Zustimmung zu einem Rechtsverhältnis, das die Frau eingeht, bindet der Mann sich im Voraus. Die Zustimmung behält rechtliche Wirksamkeit, auch wenn die ehelichen Verhältnisse sich ändern.

Es können nun Fälle eintreten, in denen der Mann nicht gewillt oder nicht in der Lage ist, seine Zustimmung abzugeben. Diese sind im Gesetz berücksichtigt, indem der Frau das Recht verliehen ist, das Vormundschaftsgericht um Ersetzung der Zustimmung anzurufen. „Das Vormundschaftsgericht kann die Zustimmung ersetzen, wenn der Mann durch Krankheit oder durch Abwesenheit an der Abgabe einer Erklärung verhindert und mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, oder wenn sich die Verweigerung der Zustimmung als Mißbrauch seines Rechts darstellt" (§ 1358 Abs. 2 Satz 2).

Hier zeigt sich ein bedeutsamer Unterschied, indem das Vormundschaftsgericht einmal unabhängig vom Willen des Mannes die zustimmende Erklärung abgeben kann und im zweiten Falle direkt gegen seinen Willen. Da im ersten Fall die Unaufschiebbarkeit der Zustimmung ein wichtiges

---

1) So auch Planck, Bem. 2 c zu § 1358; Goldmann-Lilienthal S. 69 Anm. 38; Wieruszowski S. 34 Anm. 44. a. M. Staudinger Bem. 5 a zu § 1358; Strübe bei Gruch. S. 311.

Moment bildet, aso z. B. bei Not der Familie und Beharren des Dritten auf der Beibringung der Erklärung, kann der Wille des Mannes, dem Rechtsgeschäft zuzustimmen, vermutet werden.

Bei Krankheit ist der Mann namentlich dann an der Abgabe einer Erklärung verhindert, wenn er geisteskrank oder geistesschwach ist, aber auch bei schweren körperlichen Leiden wird er oft nicht zu Willensäußerungen in der Lage sein.

Eine Verhinderung des Mannes bei Abwesenheit liegt dann vor, wenn eine Verständigung mit ihm überhaupt nicht oder nicht schnell genug möglich ist.

Die dem Willen des Mannes entgegengesetzte zustimmende Erklärung kann das Vormundschaftsgericht nur abgeben, wenn die Weigerung des Mannes als Mißbrauch anzusehen ist. Ueber den Begriff des Mißbrauchs haben wir wiederholt gesprochen. Hier ist für die Bejahung eines Mißbrauchs besonders die Frage zu prüfen, wie weit die Tätigkeit der Frau ohne Verletzung der Gemeinschaftspflichten bestehen kann [1]). Das Vormundschaftsgericht (VG) hat also im Hinblick auf diese Umstände und allerdings auch mit Rücksicht auf die Verhältnisse, in denen die Ehegatten leben, seinen Beschluß zu fassen.

Wie bei der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 Satz 2) aber braucht das VG, auch wenn die Voraussetzungen des § 1358 Abs. 2 Satz 2 vorliegen, nicht dem Antrag der Frau gemäß zu entscheiden, anders als im Abs. 1, wo es die Ermächtigung zur Kündigung zu erteilen h a t.

Diese verschiedene Behandlung, daß der Wille des Mannes unterstützt werden m u ß, der der Frau unterstützt werden k a n n, ist nicht etwa als Stärkung der ehemännlichen Stellung aufzufassen; denn es sind nicht die gleichen Tatbestände, auf die die Entschließung des VG sich bezieht. Es ist etwas anderes, wenn die Annahme des Mannes zutrifft, durch die Vertragserfüllung der Frau werde die Ehegemeinschaft gefährdet, als der berechtigte Vorwurf der Frau, der Mann mißbrauche sein Recht. Bei einer derartigen Anschuldigung muß das Vormundschaftsgericht abwägen können, ob nicht sein Entscheidungsspruch, der die Frau zum Widerstand gegen den Mann berechtigen würde, eine größere Schädigung der ehelichen Gemeinschaft mit sich bringt, als wenn es den Antrag zurückweist; denn es ist ein leitender Grundsatz des VG, die Interessen der E h e wahrzunehmen. Es ist Schutzbehörde für die Gemeinschaft, nicht für den Einzelnen.

Gegen die Verfügungen des VG ist das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben (§ 19 FGG).

Durch die Kündigung wird die Aufhebung des Rechtsverhältnisses bewirkt. Es ist aber möglich, daß der Dritte und die Frau sich um die Kündigung nicht kümmern, daß also die Frau trotzdem ihre Tätig-

---

1) Vgl. LZ 1925 S. 6 ff.: „Falls der Mann der Frau die Zustimmung verweigern wollte, wöchentl. 3 bis 4 Klavierstunden zu geben, würde er mißbräuchlich handeln".

keit fortsetzt. Dann kann der Mann auch hier mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens vorgehen [1]). Aber es bedarf erneut des Nachweises seinerseits, daß wirklich eine Rechtspflicht zur Ehegemeinschaft durch das Verhalten der Frau verletzt ist; denn das Prozeßgericht ist an die Feststellung des VG, daß die ehelichen Interessen beeinträchtigt seien, nicht gebunden. Es kann daher zu einer entgegengesetzten Entscheidung gelangen.

Wir sahen, daß die Zustimmung des Mannes zu einer von der Frau eingegangenen Verpflichtung den Ausschluß seines Kündigungsrechts bedeutet (§ 1358 Abs. 2 Satz 1). Aus dieser Bestimmung hat man den Schluß gezogen, das gegen eine vertragliche Ausschließung des Kündigungsrechts Bedenken nicht bestehen [2]; aber es ist doch etwas anderes, ob der Mann einer bestimmten Leistungsverpflichtung zustimmt oder Verträgen innerhalb eines bestimmten Geschäftskreises [3]), als wenn er auf ein Eingreifen überhaupt verzichtet. Allerdings werden derartige Verträge häufig geschlossen [4]). Man wird jedoch sagen müssen, wenn die Frau Verpflichtungen eingeht, die garnicht voraussehbar waren, und wenn dadurch die ehelichen Interessen beeinträchtigt werden, wird dem Manne ein gerichtlicher Schutz trotz des bestehenden Vertrages, auf den sich die Frau berufen kann, nicht zu versagen sein.

2.
Das gerichtliche Eingreifen bei Streitigkeiten über die Ausübung der elterlichen Gewalt.

§ 14. Allgemeines.

Bei der Erörterung des Entscheidungsrechts des Mannes (§ 1354 BGB) [5]) haben wir bereits kurz zu der Frage Stellung genommen, ob der § 1354 sich auch erstrecke auf Meinungsverschiedenheiten über die Personenfürsorge der gemeinschaftlichen Kinder. Wir haben diese Frage verneint. Im Folgenden werden wir aufzeigen, welche Bestimmungen als Grundlage für ein gerichtliches Eingreifen in das Verhältnis der Ehegatten untereinander, soweit sie als Eltern Streitigkeiten haben, in Frage kommen. Und zwar stehen hier die Fälle zur Erörterung, in denen ein Eingriff des Gerichts erforderlich wird, weil beiden Ehegatten dieselben Rechtsbefugnisse zustehen. Das ist der Fall auf dem Gebiete der Personenfürsorge der Kinder.

---

1) So auch z. B. Staudinger, Bem. 8 zu § 1358; Goldmann-Lilienthal S. 70; Opet, Bem. 5; Planck, Bem. 7 zu § 1358; Gauß S. 48 ff.

2) Vgl. Müller, Bl. f. R. A. Bd. 66 S. 3.

3) Diese werden von den meisten Schriftstellern zugelassen, so z. B. von Wieruszowski S. 31 A. 33; Planck, Bem. 6 zu § 1358; Staudinger, Bem. 11 zu § 1358.

4) Vgl. Breslauer a. a. O. S. 53.

5) Vgl. oben S. 55/56.

Beiden Ehegatten stehen nach dem BGB elterliche Rechte zu; jedoch hat der Vater grundsätzlich die volle elterliche Gewalt (Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes nach § 1627 BGB), wogegen der Mutter nur das Recht und die Pflicht zusteht, für die Person des Kindes zu sorgen (§ 1634 BGB); aber auch dieses Recht ist ihr nicht in dem Umfange zuerkannt wie dem Vater, da der § 1634 Abs, 1 Satz 2 die Vertretungsbefugnis, die der Vater gemäß § 1630 Abs. 1 hat, ausdrücklich ausnimmt.

§ 15. Die gemeinsamen elterlichen Befugnisse nach den §§ 1631, 1632, 1634 BGB.

Beide Eltern haben Sorge zu tragen, für alle die Person des Kindes betreffenden Angelegenheiten. Was alles dazu gehört, ist im Gesetz nicht gesagt. Es handelt sich um so viele und in jedem einzelnen Fall um verschiedene Aufgaben, daß eine Abgrenzung schwierig ist und außerdem nur lückenhaft sein kann.

Einige Angelegenheiten hat das Gesetz jedoch besonders hervorgehoben. Nach § 1631 BGB haben die Eltern „das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen". Der § 1632 gibt dem Fürsorgeberechtigten einen Herausgabeanspruch bei widerrechtlicher Vorenthaltung des Kindes.

Nun bestimmt aber der § 1634, daß „bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Eltern die Meinung des Vaters vorgeht". Hier liegt der Ausgangspunkt für gerichtlich auszutragende Streitigkeiten der Eltern. Solche entstehen besonders dann, wenn die Ehegatten die häusliche Gemeinschaft aufgehoben haben.

Es ist sehr bestritten, welche Rechtsbehelfe den Ehegatten bei Uneinigkeiten über ihre Elternrechte zu gewähren sind.

§ 16. Jeder Ehegatte kann gegen den anderen das Vormundschaftsgericht anrufen im Interesse des Kindes nach § 1666.

Für beide Elternteile besteht die Möglichkeit das Vormundschaftsgerichts (VG) anzurufen, wenn die Voraussetzungen des § 1666 BGB vorliegen. Dort ist bestimmt, daß das VG die zur Abwendung der Gefahr notwendigen Maßregeln zu treffen hat, „wenn das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird, daß der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht". Hiernach kann es den Anschein haben, als könnte das VG bei gleichen Verfehlungen der Mutter nicht eingreifen, eine Annahme, die mit Hinblick auf den § 1634 Satz 3 wohl ihre Berechtigung haben mag; denn da die Meinung des Vaters vorgeht, kann er im Interesse des Kindes gegen die Mutter einschreiten; aber diese seine Macht reicht nicht aus, wenn die Mutter sich seinen Anordnungen nicht fügt. Dann

ist die Hilfe des VG notwendig. Die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes liegt oft in weit größerem Maße in der Hand der Mutter als in der des Vaters, sodaß bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1666 in der Person der Mutter der vormundschaftliche Schutz für das Kind ebenso sehr geboten ist, als wenn dem Vater jene Verfehlungen zur Last fallen [1]).

§ 17. Der Rechtsschutz der Mutter bei Beeinträchtigungen ihres Sorgerechts durch den Vater.

Schwieriger ist die Beurteilung der Rechtslage dann, wenn der Vater kraft seines stärkeren Rechts die der Mutter zustehende Teilnahme an der Personenfürsorge des Kindes beeinträchtigt, ohne aus Gründen, die in § 1666 aufgezählt sind, dazu berechtigt zu sein. Dann kann das VG sein Vorgehen nicht unterstützen; aber auch die Mutter kann das VG um Abhilfe gegen die Beeinträchtigung ihres Fürsorgerechts nur dann anrufen, wenn das Verhalten des Vaters sich zugleich gemäß § 1666 gegen das Kind richtet. Nur zum Schutz und im Interesse des Kindes findet ein Eingriff des VG nach § 1666 statt, nicht aber, um die Mutter gegen Rechtsverletzungen des Vaters zu schützen.

Es fragt sich nun, ob das Gesetz einen klagbaren Anspruch der Mutter gegen den Vater auf Durchführung ihres Sorgerechts überhaupt anerkennt.

Eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, wie Planck [2]) sie für gegeben erachtet als Folge seiner Meinung, „zu den Aufgaben der ehelichen Lebensgemeinschaft gehöre auch die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder", ist hier nicht zuzulassen. Auch nicht, wenn die Maßnahmen des Vaters gegen die Mutter in ehelichen Uneinigkeiten ihren Grund haben. Dann kann die Frau vielleicht auch die Herstellungsklage gegen den Mann erheben, aber nicht wegen Verletzung und zum Schutz ihres „Sorgerechts".

Da es sich um eine eheliche Angelegenheit nicht handelt, kann die Mutter hier auch nicht den Schutz für sich in Anspruch nehmen, wie ihn der § 1354 der Ehefrau gewährt. Wir haben oben (S. 56) bereits darauf hingewiesen, daß der leitende Grundsatz in den Bestimmungen über die elterliche Gewalt die Wahrnehmung des Wohles der Kinder ist. Hinter dem Wohl der Kinder muß also das mütterliche Sorgerecht zurücktreten, wobei Härten, besonders bei einem Getrenntleben der Eltern, oft garnicht vermieden werden können. Es geht nicht an, daß man zur Ausgleichung dieser Härten das Mittel des § 1354 Abs. 2

---

1) Vgl. auch Staudinger, Bem. 3 zu § 1634; Crome S. 537, 1 a; Planck, Bem. 10 zu § 1666 spricht von entsprechender Anwendung des § 1666 dann, wenn dem einen Elternteil nur die tatsächliche Sorge für die Person des Kindes zusteht, so der Mutter nach § 1634.

2) a. a. O. Anm. 9 zu § 1634.

heranzieht, wie es in der Praxis geschehen ist [1]); denn seine Anwendung ist laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nur für ein genau umgrenztes Gebiet zulässig. Falls ein Tatbestand vorliegt wie in der eben genannten Entscheidung geschildert, daß der Mann das Sorgerecht der Mutter verkümmert, „um einen unberechtigten Zwang auf die Frau, die die Gemeinschaft verweigert, auszuüben", so kann sie als Mutter nur dann gegen ihn vorgehen, wenn das Verhalten des Mannes sich als Schikane gemäß § 226 BGB darstellt.

Staudinger [2]) will den Anspruch der Mutter auf Teilnahme an dem Sorgerecht auf den § 1634 gründen [3]). M. E. spricht aber dagegen, daß das Recht der Mutter gerade gegenüber dem Vater wegen der Vorschrift des § 1634 Satz 3 keine Wirkung äußern kann. Seine Meinung ist demnach immer ausschlaggebend, wenn sie dem Interesse des Kindes dient. Falls man der Mutter aus dem § 1634 ein Klagerecht gegen den Vater geben wollte, würde man seinem Fürsorgerecht die Selbständigkeit nehmen, die durch den § 1634 anerkannt ist, wonach dem Vater allein das Bestimmungsrecht zusteht, und nicht etwa, wie bei Streitigkeiten unter mehreren Vormündern, daß VG entscheidet (vgl. § 1797 BGB). Die Zulassung eines Eingriffs des Prozeßgerichts bei Entscheidungen über die Kindesfürsorge gegen das Interesse der Mutter würde dahin führen, das die Entscheidung der Mutter u. U. aufrechterhalten würde. Sie erhielte somit eine Stellung, die ihr nach Absicht des Gesetzes regelmäßig nicht zukommen soll [4]).

Die Austragung ehelicher Streitigkeiten erfolgt unabhängig von Meinungsverschiedenheiten über die Ausübung elterlicher Rechte. Darum verliert der Vater auch nicht sein Bestimmungsrecht gemäß § 1634 Satz 3 dadurch, daß er der Mutter einen Scheidungsgrund gegeben hat und sie nunmehr mit Recht die Herstellung der Gemeinschaft verweigert. Das Reichsgericht hat zwar wiederholt ausgesprochen, daß die Frau, die zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt sei, gegenüber dem Anspruch des Vaters auf Herausgabe des Kindes mit jener Einwendung aus dem ehelichen Verhältnis Abweisung der Klage erreichen könne [5]). Ein solches Ergebnis ist jedoch abzulehnen; denn auf die Weise würde dem Manne das Sorgerecht, besonders der §§ 1631, 1632, entzogen, eine Tatsache, die laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung nur eintreten soll, wenn ein geschiedener Gatte allein für schuldig erklärt ist (§ 1635 BGB). Hier aber ist die Frage, ob die Frau nicht ebenfalls ein Verschulden trifft, noch offen gelassen [6]). Das

---

1) Vgl. z. B. RG Bd. 55 S. 419.
2) Bem. 3 zu § 1634.
3) Auch Planck a. a. O. Bem. 9 zu § 1634 will diese besondere Klage neben der Herstellungsklage zulassen.
4) Vgl. auch Gimmerthal, a. a. O. S. 394 ff.
5) So z. B. RG Bd. 55 S. 420; Warn. E 1908 Nr. 107; JW 1912 S. 395.
6) Gegen das RG auch Leonhard, Lehrb. S. 175; Staudinger, Bem. 1 b β zu § 1634.

Reichsgericht hat sich auch in neueren Entscheidungen zu einem gegen früher abweichenden Standpunkt bekannt [1]), da es doch Bedenken trägt, der Frau, obgleich sie die Gemeinschaft verweigern darf, die gleichen Rechte zu gewähren, wie der schuldlos geschiedenen Ehefrau.

Nach wie vor aber hält die Praxis daran fest, der Mutter ein Klage- oder Einrederecht gegen den Vater zu geben, weil in der Verhinderung der Ausübung ihres Sorgerechts ein Mißbrauch liege. Einerseits weist es zur Begründung auf den § 1354 Abs. 2 zurück und vermischt somit rein eheliche Fragen mit elterlichen, was wir für unzulässig halten [2]). Andererseits weist es darauf hin, daß das ganze Familienrecht von dem Grundsatz beherrscht werde, bei der Ausübung von Rechten auf die Interessen anderer Familienmitglieder gebührende Rücksichten zu nehmen.

Diese Rücksichtnahme ist natürlich sehr wünschenswert. Jedoch ist es nicht Aufgabe des Richters, die Idee eines sogenannten „richtigen Rechts" zu verwirklichen, das zwar gelten soll, aber nicht immer geltendes Recht ist. Der Richter ist ja nicht über das Gesetzt gestellt, sondern hat es zu befolgen. Das „richtige Recht" kann zwar zur Ergänzung des positiven Rechts herangezogen werden, wenn dieses unvollständig ist; aber diese Heranziehung darf nicht aus Billigkeitsgründen geschehen, da die Entscheidung darüber, was billiges Recht ist, von dem jeweiligen Standpunkt und den Interessen des Beurteilers abhängt; der Richter muß aber das Gesetz selbst dann befolgen, wenn es seiner persönlichen Anschauung widerspricht [3]).

Es ist nicht zu verkennen, daß man die dem Sorgerecht der Mutter mangelnde Wirkung gegenüber dem Vater lediglich aus Gründen der Billigkeit einführen will. Dabei übersieht man aber, daß das Gesetz ganz bewußt schweigt. Dieses Sorgerecht der Mutter ist grundverschieden von den Rechten, die sie als Frau dem Manne gegenüber hat. In der Ehe gilt der Grundsatz der Gegenseitigkeit, beide Ehegatten dürfen ihre Rechte nicht mißbräuchlich ausüben, da sonst eine eheliche Lebensgemeinschaft nicht verwirklicht werden kann.

Bei der Sorge für die Person der Kinder kommt es aber nur darauf an, daß das Sorgerecht gegenüber den Kindern „richtig" ausgeübt wird. Diesem Grundsatz ist durch die gesetzliche Regelung Rechnung getragen. Das Hineintragen anderer Gesichtspunkte ist daher abzulehnen.

Die Mutter kann auch nicht etwa aus dem Grunde eine Einwendung gegen den Vater erheben, oder gegen ihn klagen, weil er sein Sorgerecht auf sie übertragen habe; denn das Sorgerecht ist unübertragbar, da in ihm zugleich eine Pflicht enthalten ist. Verträge über

1) Vgl. z. B. JW 1913 S. 646; 1917 S. 903.
2) Dagegen auch Hagemann a. a. O. S. 405.
3) Vgl. Leonhard, Lehrb. S. 9; v. Tuhr Bd. I S. 45.

die Ausübung der Erziehung sind zwar zulässig, können jedoch jederzeit widerrufen werden [1]).

Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß die Mutter zwar keinen Anspruch gegen den Vater habe, wohl aber gegen den seine Gewaltausübung kontrollierenden Staat [2]). Sie könne sich also an das VG wenden, das dann gegebenenfalls von denen des Vaters abweichende Anordnungen erlassen könnte, damit für die Ausübung des mütterlichen Sorgerechts Raum sei. Aus allem bisher Gesagten geht klar hervor, daß und weshalb eine solche Meinung irrig ist. Sie läßt sich auch nicht aus dem § 1636 Satz 2 begründen, wie es oft geschieht hinsichtlich der Ausübung des „Verkehrsrechts". Wenn die Ehegatten tatsächlich getrennt leben und das Kind bei dem Vater verblieben ist, kann die Mutter die Erziehung, die ein Teil ihres Sorgerechts ist, nur beeinflussen, wenn sie die Möglichkeit hat, mit dem Kind zu verkehren. Eine gesetzliche Regelung ist aber nur erfolgt für den Fall, daß die Ehegatten geschieden sind (§ 1636 BGB). Nur dann ist das VG zum Eingreifen ermächtigt. Während bestehender Ehe aber ist ein Eingriff des VG in die Rechte der Eltern unzulässig, es sei denn, daß es gemäß § 1666 einzuschreiten hätte [3]).

Wir haben also das Ergebnis gewonnen, daß bei Streitigkeiten der Eltern über die ihnen gemeinsam zustehenden Sorgebefugnisse beide eine Hilfe des VG herbeiführen können, wenn das Wohl des Kindes es erfordert.

Da die Meinung des Vaters nach § 1634 Satz 3 stehts vorgeht, kann er im Prozeßwege von der Mutter Herausgabe des Kindes beanspruchen. Der gleiche Anspruch steht der Mutter aber gegenüber dem Vater nicht zu; sie kann nur dann im Prozeßwege gegen ihn vorgehen, wenn sein Verhalten lediglich den Zweck hat, ihr Schaden zuzufügen (§ 226 BGB).

---

1) Vgl. z. B. Leonhard, Lehrb. S. 176; Staudinger, Bem. 6 zu § 1634; André a. a. O. S. 25 ff.

2) So z. B. Gimmerthal a. a. O. S. 395 ff.

3) So z. B. auch Josef in Bl. f. R. A. Bd. 74 S. 121 ff.; Leonhard, Lehrb. S. 176; Staudinger, Bem. 5 zu § 1636. a. M. die Praxis z. B. RGE Bd. 69 S. 94; OLGE Bd. 37 S. 243; Bd. 40 S. 83 ff; Seuff. Arch. Bd. 64 S. 230; 65 S. 362 ff. Ferner Crome im Recht 1909 S. 44 ff; Hagemann a. a. O. S. 408.

Lebenslauf.

Ich, Agnes Kühl, bin am 23. November 1889 zu Eckernförde geboren. Von meinem 6. bis 14. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule zu Lunden in Holstein. Im Herbst 1917 fing ich an, mich zum Abitur vorzubereiten. Ich besuchte zu diesem Zweck teils die Vorbereitungsanstalt von Jessel und Dr. Neumann in Hamburg, teils nahm ich Privatunterricht. Die Reifeprüfung habe ich im Herbst 1921 bestanden an der Studienanstalt des Klosters St. Johannis in Hamburg.

Darauf studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Wien (W.-S. 1921/22), München (S.-S. 1922, W.-S. 1922/23, S.-S. 1923) und Marburg (W.-S. 1923/24, S.-S. 1924, W.-S. 1924/25, S.-S. 1925). Im März 1926 habe ich die erste juristische Prüfung bestanden am Oberlandesgericht in Kassel.

Tag der mündlichen Doktorprüfung war am 6. April 1927.